بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

وَأَمَّا بَيَانُ ما يُفْسِدُهَا وَبَيَانُ حُكْمِهَا إذَا فَسَدَتْ فَالَّذِي يُفْسِدُهَا الْجِمَاعُ لَكِنْ عِنْدَ وُجُودِ شَرْطِ كَوْنِهِ مُفْسِدًا وَذَلِكَ شَيْئَانِ أَحَدُهُمَا الْجِمَاعُ في الْفَرْجِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْحَجِّ
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ قبل الطَّوَافِ كُلِّهِ أو أَكْثَرِهِ وهو أَرْبَعَةُ أَشْوَاطٍ لِأَنَّ رُكْنَهَا الطَّوَافُ فَالْجِمَاعُ حَصَلَ قبل أَدَاءِ الرُّكْنِ فَيُفْسِدُهَا كما لو حَصَلَ قبل الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ في الْحَجِّ وإذا فَسَدَتْ يَمْضِي فيها وَيَقْضِيهَا وَعَلَيْهِ شَاةٌ لِأَجْلِ الْفَسَادِ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ بَدَنَةٌ كما في الْحَجِّ فَإِنْ جَامَعَ بَعْدَ ما طَافَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ أو بَعْدَ ما طَافَ الطَّوَافَ كُلَّهُ قبل السَّعْيِ أو بَعْدَ الطَّوَافِ وَالسَّعْيِ قبل الْحَلْقِ لَا تَفْسُدُ عُمْرَتُهُ لِأَنَّ الْجِمَاعَ حَصَلَ بَعْدَ أَدَاءِ الرُّكْنِ وَعَلَيْهِ دَمٌ لِحُصُولِ الْجِمَاعِ في الْإِحْرَامِ وَإِنْ جَامَعَ بَعْدَ الْحَلْقِ لَا شَيْءَ عليه لِخُرُوجِهِ عن الْإِحْرَامِ بِالْحَلْقِ فَإِنْ جَامَعَ ثُمَّ جَامَعَ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ وَالِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا في الْحَجِّ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ
كِتَابُ النِّكَاحِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في الْأَصْلِ في أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ صِفَةِ النِّكَاحِ الْمَشْرُوعِ وفي بَيَانِ رُكْنِ النِّكَاحِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ النِّكَاحِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ أَنَّ النِّكَاحَ فَرْضٌ حَالَةَ التَّوَقَانِ حتى أَنَّ من تَاقَتْ نَفْسُهُ إلَى النِّسَاءِ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُهُ الصَّبْرُ عَنْهُنَّ وهو قَادِرٌ على الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ ولم يَتَزَوَّجْ يَأْثَمُ وَاخْتُلِفَ فِيمَا إذَا لم تَتُقْ نَفْسُهُ إلَى النِّسَاءِ على التَّفْسِيرِ الذي ذَكَرْنَا قال نُفَاةُ الْقِيَاسِ مِثْلُ دَاوُد بن عَلِيٍّ الْأَصْفَهَانِيِّ وَغَيْرِهِ من أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ أَنَّهُ فَرْضُ عَيْنٍ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَغَيْرِهِمَا من فُرُوضِ الْأَعْيَانِ حتى أَنَّ من تَرَكَهُ مع الْقُدْرَةِ على الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَالْوَطْءِ يَأْثَمُ
وقال الشَّافِعِيُّ إنَّهُ مُبَاحٌ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فيه قال بَعْضُهُمْ إنَّهُ مَنْدُوبٌ وَمُسْتَحَبٌّ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ من أَصْحَابِنَا الْكَرْخِيِّ
وقال بَعْضُهُمْ إنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ إذَا قام بِهِ الْبَعْضُ سَقَطَ عن الْبَاقِينَ بِمَنْزِلَةِ الْجِهَادِ وَصَلَاةِ الْجِنَازَةِ
وقال بَعْضُهُمْ إنَّهُ وَاجِبٌ ثُمَّ الْقَائِلُونَ بِالْوُجُوبِ اخْتَلَفُوا في كَيْفِيَّةِ الْوُجُوبِ قال بَعْضُهُمْ إنَّهُ وَاجِبٌ على سَبِيلِ الْكِفَايَةِ كَرَدِّ السَّلَامِ
وقال بَعْضُهُمْ إنَّهُ وَاجِبٌ عَيْنًا لَكِنْ عَمَلًا لَا اعْتِقَادًا على طَرِيقِ التَّعْيِينِ كَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْأُضْحِيَّةِ وَالْوِتْرِ
احْتَجَّ أَصْحَابُ الظَّوَاهِرِ بِظَوَاهِرِ النُّصُوصِ من نَحْوِ قَوْلِهِ عز وجل { فَانْكِحُوا ما

طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ }
وَقَوْلِهِ عز وجل { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ من عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ }
وَقَوْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فإن الطَّلَاقَ يَهْتَزُّ له عَرْشُ الرحمن
وَقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم تَنَاكَحُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمَ يوم الْقِيَامَةِ أَمَرَ اللَّهُ عز وجل بِالنِّكَاحِ مُطْلَقًا وَالْأَمْرُ الْمُطْلَقُ لِلْفَرْضِيَّةِ وَالْوُجُوبِ قَطْعًا إلَّا أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ بِخِلَافِهِ وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ من الزِّنَا وَاجِبٌ وَلَا يُتَوَصَّلُ إلَيْهِ إلَّا بِالنِّكَاحِ وما لَا يُتَوَصَّلُ إلَى الْوَاجِبِ إلَّا بِهِ يَكُونُ وَاجِبًا
وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ } أَخْبَرَ عن إحْلَالِ النِّكَاحِ وَالْمُحَلَّلُ وَالْمُبَاحُ من الْأَسْمَاءِ الْمُتَرَادِفَةِ وَلِأَنَّهُ قال { وَأُحِلَّ لَكُمْ } وَلَفْظُ لَكُمْ يُسْتَعْمَلُ في الْمُبَاحَاتِ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ سَبَبٌ يُتَوَصَّلُ بِهِ إلَى قَضَاءِ الشَّهْوَةِ فَيَكُونُ مُبَاحًا كَشِرَاءِ الْجَارِيَةِ لِلتَّسَرِّي بها وَهَذَا لِأَنَّ قَضَاءَ الشَّهْوَةِ إيصَالُ النَّفْعِ إلَى نَفْسِهِ وَلَيْسَ يَجِبُ على الْإِنْسَانِ إيصَالُ النَّفْعِ إلَى نَفْسِهِ بَلْ هو مُبَاحٌ في الْأَصْلِ كَالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وإذا كان مُبَاحًا لَا يَكُونُ وَاجِبًا لِمَا بَيْنَهُمَا من التَّنَافِي وَالدَّلِيلُ على أَنَّ النِّكَاحَ ليس بِوَاجِبٍ قَوْله تَعَالَى { وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا من الصَّالِحِينَ } وَهَذَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْمَدْحِ لِيحيي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِكَوْنِهِ حَصُورًا وَالْحَصُورُ الذي لَا يَأْتِي النِّسَاءَ مع الْقُدْرَةِ وَلَوْ كان وَاجِبًا لَمَا اسْتَحَقَّ الْمَدْحَ بِتَرْكِهِ لِأَنَّ تَرْكَ الْوَاجِبِ لَأَنْ يُذَمَّ عليه أَوْلَى من أَنْ يُمْدَحَ
وَاحْتَجَّ من قال من أَصْحَابِنَا أنه مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَمُسْتَحَبٌّ بِمَا رُوِيَ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ وَمَنْ لم يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ فإن الصَّوْمَ له وِجَاءٌ أَقَامَ الصَّوْمَ مَقَامَ النِّكَاحِ وَالصَّوْمُ ليس بِوَاجِبٍ فَدَلَّ أَنَّ النِّكَاحَ ليس بِوَاجِبٍ أَيْضًا لِأَنَّ غير الْوَاجِبِ لَا يَقُومُ مَقَامَ الْوَاجِبِ وَلِأَنَّ في الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ من لم تَكُنْ له زَوْجَةٌ وَرَسُولُ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عَلِمَ منه بِذَلِكَ ولم يُنْكِرْ عليه فَدَلَّ أَنَّهُ ليس بِوَاجِبٍ وَمَنْ قال منهم إنَّهُ

فَرْضٌ أو وَاجِبٌ على سَبِيلِ الْكِفَايَةِ احْتَجَّ بِالْأَوَامِرِ الْوَارِدَةِ في بَابِ النِّكَاحِ وَالْأَمْرُ الْمُطْلَقُ لِلْفَرْضِيَّةِ وَالْوُجُوبِ قَطْعًا وَالنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ ذلك على طَرِيقِ التَّعْيِينِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من آحَادِ الناس لو تَرَكَهُ لَا يَأْثَمُ فَيُحْمَلُ على الْفَرْضِيَّةِ وَالْوُجُوبِ على طَرِيقِ الْكِفَايَةِ فَأَشْبَهَ الْجِهَادَ وَصَلَاةَ الْجِنَازَةِ وَرَدَّ السَّلَامِ
وَمَنْ قال منهم أنه وَاجِبٌ عَيْنًا لَكِنْ عَمَلًا لَا اعْتِقَادًا على طَرِيقِ التَّعْيِينِ يقول صِيغَةُ الْأَمْرِ الْمُطْلَقَةُ عن الْقَرِينَةِ تَحْتَمِلُ الْفَرْضِيَّةَ وَتَحْتَمِلُ النَّدْبَ لِأَنَّ الْأَمْرَ دُعَاءٌ وَطَلَبٌ وَمَعْنَى الدُّعَاءِ وَالطَّلَبِ مَوْجُودٌ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيُؤْتَى بِالْفِعْلِ لَا مَحَالَةَ وهو تَفْسِيرُ وُجُوبِ الْعَمَلِ وَيُعْتَقَدُ على الْإِبْهَامِ على أَنَّ ما أَرَادَ اللَّهُ تَعَالَى بِالصِّيغَةِ من الْوُجُوبِ الْقَطْعِيِّ أو النَّدْبِ فَهُوَ حَقٌّ لِأَنَّهُ إنْ كان وَاجِبًا عِنْدَ اللَّهِ فَخَرَجَ عن الْعُهْدَةِ بِالْفِعْلِ فَيَأْمَنُ الضَّرَرَ وَإِنْ كان مَنْدُوبًا يَحْصُلُ له الثَّوَابُ فَكَانَ الْقَوْلُ بِالْوُجُوبِ على هذا الْوَجْهِ أَخْذًا بِالثِّقَةِ وَالِاحْتِيَاطِ وَاحْتِرَازًا عن الضَّرَرِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ شَرْعًا وَعَقْلًا

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ بَنَى أَصْحَابُنَا من قال منهم إنَّ النِّكَاحَ فَرْضٌ أو وَاجِبٌ لِأَنَّ الِاشْتِغَالَ بِهِ مع أَدَاءِ الْفَرَائِضِ وَالسُّنَنِ أَوْلَى من التَّخَلِّي لِنَوَافِلِ الْعِبَادَاتِ مع تَرْكِ النِّكَاحِ وهو قَوْلُ أَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ لِأَنَّ الِاشْتِغَالَ بِالْفَرْضِ وَالْوَاجِبِ كَيْفَ ما كان أَوْلَى من الِاشْتِغَالِ بِالتَّطَوُّعِ

وَمَنْ قال منهم أنه مَنْدُوبٌ وَمُسْتَحَبٌّ فإنه يُرَجِّحُهُ على النَّوَافِلِ من وُجُوهٍ أُخَرَ أَحَدُهَا أَنَّهُ سُنَّةٌ قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم النِّكَاحُ سُنَّتِي وَالسُّنَنُ مُقَدَّمَةٌ على النَّوَافِلِ بِالْإِجْمَاعِ وَلِأَنَّهُ أَوْعَدَ على تَرْكِ السُّنَّةِ بِقَوْلِهِ فَمَنْ رَغِبَ عن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي وَلَا وَعِيدَ على تَرْكِ النَّوَافِلِ

وَالثَّانِي أَنَّهُ فَعَلَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَوَاظَبَ عليه أَيْ دَاوَمَ وَثَبَتَ عليه بِحَيْثُ لم يَخْلُ عنه بَلْ كان يَزِيدُ عليه حتى تَزَوَّجَ عَدَدًا مِمَّا أُبِيحَ له من النِّسَاءِ وَلَوْ كان التَّخَلِّي لِلنَّوَافِلِ أَفْضَلَ لَمَا فَعَلَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْأَنْبِيَاءَ عليهم الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَتْرُكُونَ الْأَفْضَلَ فِيمَا له حَدٌّ مَعْلُومٌ لِأَنَّ تَرْكَ الْأَفْضَلِ فِيمَا له حَدٌّ مَعْلُومٌ عُدَّ زَلَّةً منهم وإذا ثَبَتَ أَفْضَلِيَّةُ النِّكَاحِ في حَقِّ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم ثَبَتَ في حَقِّ الْأُمَّةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الشَّرَائِعِ هو الْعُمُومُ وَالْخُصُوصُ بِدَلِيلٍ

وَالثَّالِثُ أَنَّهُ سَبَبٌ يُتَوَصَّلُ بِهِ إلَى مَقْصُودٍ هو مُفَضَّلٌ على النَّوَافِلِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِصِيَانَةِ النَّفْسِ عن الْفَاحِشَةِ وَسَبَبٌ لِصِيَانَةِ نَفْسِهَا عن الْهَلَاكِ بِالنَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى وَاللِّبَاسِ لِعَجْزِهَا عن الْكَسْبِ وَسَبَبٌ لِحُصُولِ الْوَلَدِ الْمُوَحِّدِ وَكُلُّ وَاحِدٍ من هذه الْمَقَاصِدِ مُفَضَّلٌ على النَّوَافِلِ فَكَذَا السَّبَبُ الْمُوَصِّلُ إلَيْهِ كَالْجِهَادِ وَالْقَضَاءِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّخَلِّي أَوْلَى وَتَخْرِيجُ الْمَسْأَلَةِ على أَصْلِهِ ظَاهِرٌ لِأَنَّ النَّوَافِلَ مَنْدُوبٌ إلَيْهَا فَكَانَتْ مُقَدَّمَةً على الْمُبَاحِ وما ذَكَرَهُ من دَلَائِلِ الْإِبَاحَةِ وَالْحِلِّ فَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجِبِهَا أن النِّكَاحَ مُبَاحٌ وَحَلَالٌ في نَفْسِهِ لَكِنَّهُ وَاجِبٌ لِغَيْرِهِ أو مَنْدُوبٌ وَمُسْتَحَبٌّ لِغَيْرِهِ من حَيْثُ أنه صِيَانَةٌ لِلنَّفْسِ من الزِّنَا وَنَحْوِ ذلك على ما بَيَّنَّا وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ الْوَاحِدُ حَلَالًا بِجِهَةٍ وَاجِبًا أو مَنْدُوبًا إلَيْهِ بِجِهَةٍ إذْ لَا تَنَافِيَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِهَتَيْنِ وَأَمَّا قَوْلُهُ عز وجل { وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا من الصَّالِحِينَ } فَاحْتَمَلَ أَنَّ التَّخَلِّيَ لِلنَّوَافِلِ كان أَفْضَلَ من النِّكَاحِ في شَرِيعَتِهِ ثُمَّ نُسِخَ ذلك في شَرِيعَتِنَا بِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا رُكْنُ النِّكَاحِ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَذَلِكَ بِأَلْفَاظٍ مَخْصُوصَةٍ أو ما يَقُومُ مَقَامَ اللَّفْظِ فَيَقَعُ الْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ في أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ اللَّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِهِ بِحُرُوفِهِ

وَالثَّانِي في بَيَانِ صِيغَةِ ذلك اللَّفْظِ

وَالثَّالِثُ في بَيَانِ أَنَّ النِّكَاحَ هل يَنْعَقِدُ بِعَاقِدٍ وَاحِدٍ أو لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِعَاقِدَيْنِ

وَالرَّابِعُ في بَيَانِ صِفَةِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ

أَمَّا بَيَانُ اللَّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ بِحُرُوفِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا خِلَافَ أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَهَلْ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ يَنْعَقِدُ وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال اتَّقُوا اللَّهَ في النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ التي أَحَلَّ بها الْفُرُوجَ في كِتَابِهِ الْكَرِيمِ لَفْظُ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ فَقَطْ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { زوجناكها }

زَوَّجْنَاكَهَا وَلِأَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلنِّكَاحِ هو الِازْدِوَاجُ وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ وَسِيلَةً إلَيْهِ فَوَجَبَ اخْتِصَاصُهُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ على الِازْدِوَاجِ وهو لَفْظُ التَّزْوِيجِ وَالْإِنْكَاحِ لَا غَيْرُ وَلَنَا أَنَّهُ انْعَقَدَ نِكَاحُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِلَفْظِ الْهِبَةِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ نِكَاحُ أُمَّتِهِ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ قَوْله تَعَالَى { وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إنْ أَرَادَ النبي أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لك } مَعْطُوفًا على قَوْلِهِ { يا أَيُّهَا النبي إنَّا أَحْلَلْنَا لك أَزْوَاجَك } أَخْبَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّ الْمَرْأَةَ الْمُؤْمِنَةَ التي وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ صلى اللَّهُ عليه وسلم عِنْدَ اسْتِنْكَاحِهِ إيَّاهَا حَلَالٌ له وما كان مَشْرُوعًا في حَقِّ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم يَكُونُ مَشْرُوعًا في حَقِّ أُمَّتِهِ هو الْأَصْلُ حتى يَقُومَ دَلِيلُ الْخُصُوصِ

فَإِنْ قِيلَ قد قام دَلِيلُ الْخُصُوصِ هَهُنَا وهو قَوْله تَعَالَى { خَالِصَةً لك من دُونِ الْمُؤْمِنِينَ }

فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ منه { خَالِصَةً لك من دُونِ الْمُؤْمِنِينَ } بِغَيْرِ أَجْرٍ فَالْخُلُوصُ يَرْجِعُ إلَى الْأَجْرِ لَا إلَى لَفْظِ الْهِبَةِ لِوُجُوهٍ

أَحَدُهَا ذَكَرَهُ عَقِيبَهُ وهو قَوْلُهُ عز وجل { قد عَلِمْنَا ما فَرَضْنَا عليهم في أَزْوَاجِهِمْ } فَدَلَّ أَنَّ خُلُوصَ تِلْكَ الْمَرْأَةِ له كان بِالنِّكَاحِ بِلَا فَرْضٍ منه

وَالثَّانِي أَنَّهُ قال تَعَالَى { لكيلا (((لكي))) يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ } وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا حَرَجَ كان يَلْحَقُهُ في نَفْسِ الْعِبَارَةِ وَإِنَّمَا الْحَرَجُ في إعْطَاءِ الْبَدَلِ

وَالثَّالِثُ أَنَّ هذا خَرَجَ مَخْرَجَ الِامْتِنَانِ عليه وَعَلَى أُمَّتِهِ في لَفْظِ الْهِبَةِ لَيْسَتْ تِلْكَ في لَفْظَةِ التَّزْوِيجِ فَدَلَّ أَنَّ الْمِنَّةَ فِيمَا صَارَتْ له بِلَا مَهْرٍ فَانْصَرَفَ الْخُلُوصُ إلَيْهِ وَلِأَنَّ الِانْعِقَادَ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ لِكَوْنِهِ لَفْظًا مَوْضُوعًا لِحُكْمِ أَصْلِ النِّكَاحِ شَرْعًا وهو الِازْدِوَاجُ وَأَنَّهُ لم يُشْرَعْ بِدُونِ الْمِلْكِ فإذا أتى بِهِ يَثْبُتُ الِازْدِوَاجُ بِاللَّفْظِ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ الذي يُلَازِمُهُ شَرْعًا وَلَفْظُ التَّمْلِيكِ مَوْضُوعٌ لِحُكْمٍ آخَرَ أَصْلِيٍّ لِلنِّكَاحِ وهو الْمِلْكُ وأنه غَيْرُ مَشْرُوعٍ في النِّكَاحِ بِدُونِ الِازْدِوَاجِ فإذا أتى بِهِ وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ وَيَثْبُتَ الِازْدِوَاجُ الذي يُلَازِمُهُ شَرْعًا اسْتِدْلَالًا لِأَحَدِ اللَّفْظَيْنِ بِالْآخَرِ وَهَذَا لِأَنَّهُمَا حُكْمَانِ مُتَلَازِمَانِ شَرْعًا ولم يُشْرَعْ أَحَدُهُمَا بِدُونِ الْآخَرِ فإذا ثَبَتَ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ الْآخَرُ ضَرُورَةً وَيَكُونُ الرِّضَا بِأَحَدِهِمَا رِضًا بِالْآخَرِ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِ

لَكِنْ لِمَ قُلْتُمْ أن اسْتِحْلَالَ الْفُرُوجِ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ اسْتِحْلَالٌ بِغَيْرِ كَلِمَةِ اللَّه فَيَرْجِعُ الْكَلَامُ إلَى تَفْسِيرِ الْكَلِمَةِ الْمَذْكُورَةِ فَنَقُولُ كَلِمَةُ اللَّهِ تَعَالَى تَحْتَمِلُ حُكْمَ اللَّهِ عز وجل كَقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ من رَبِّكَ } فَلِمَ قُلْتُمْ بِأَنَّ جَوَازَ النِّكَاحِ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ ليس حُكْمَ اللَّهِ تَعَالَى وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ حُكْمُ اللَّهِ تَعَالَى ما ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ مع ما أَنَّ كُلَّ لَفْظٍ جُعِلَ عَلَمًا على حُكْمٍ شَرْعِيٍّ فَهُوَ حُكْمُ اللَّهِ تَعَالَى وَإِضَافَةُ الْكَلِمَةِ إلَى اللَّهِ تَعَالَى بِاعْتِبَارِ أَنَّ الشَّارِعَ هو اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ الْجَاعِلُ اللَّفْظَ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْحُكْمِ شَرْعًا فَكَانَ كَلِمَةَ اللَّهِ تَعَالَى فَمِنْ هذا الْوَجْهِ على الِاسْتِحْلَالِ بِكَلِمَةِ اللَّهِ لَا ينفي الِاسْتِحْلَالَ لَا بِكَلِمَةِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَانَ مَسْكُوتًا عنه فَلَا يَصِحُّ الِاحْتِجَاجُ بِهِ

وَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا

وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمْ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظٍ مَوْضُوعٍ لِتَمْلِيكِ الْعَيْنِ هَكَذَا روي ابن رُسْتُمَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال كُلُّ لَفْظٍ يَكُونُ في اللُّغَةِ تَمْلِيكًا لِلرَّقَبَةِ فَهُوَ في

الْحُرَّةِ نِكَاحٌ
وَحُكِيَ عن الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } سمى اللَّهُ تَعَالَى الْمَهْرَ أَجْرًا وَلَا أَجْرَ إلَّا بِالْإِجَارَةِ فَلَوْ لم تَكُنْ الْإِجَارَةُ نِكَاحًا لم يَكُنْ الْمَهْرُ أَجْرًا
وَجْهُ قَوْلِ الْعَامَّةِ أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ موقت بِدَلِيلِ أَنَّ التَّأْبِيدَ يُبْطِلُهَا وَالنِّكَاحُ عَقْدٌ مُؤَبَّدٌ بِدَلِيلِ أَنَّ التَّوْقِيتَ يُبْطِلُهُ وَانْعِقَادُ الْعَقْدِ بِلَفْظٍ يَتَضَمَّنُ الْمَنْعَ من الِانْعِقَادِ مُمْتَنِعٌ وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَمَنَافِعُ الْبُضْعِ في حُكْمِ الْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ فَكَيْفَ يَثْبُتُ مِلْكُ الْعَيْنِ بِتَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ لِأَنَّ الْإِعَارَةَ إنْ كانت إبَاحَةَ الْمَنْفَعَةِ فَالنِّكَاحُ لَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِبَاحَةِ لِانْعِدَامِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ أَصْلًا وَإِنْ كانت تَمْلِيكَ الْمُتْعَةِ فَالنِّكَاحُ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظٍ مَوْضُوعٍ لِتَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ ولم يُوجَدْ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ في لَفْظِ الْقَرْضِ قال بَعْضُهُمْ لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ في مَعْنَى الْإِعَارَةِ

وقال بَعْضُهُمْ يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ الْمِلْكُ في الْعَيْنِ لِأَنَّ الْمُسْتَقْرَضَ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْمُسْتَقْرِضِ
وَكَذَا اخْتَلَفُوا في لَفْظِ السَّلَمِ
قال بَعْضُهُمْ لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّ السَّلَمَ في الْحَيَوَانِ لَا يَصِحُّ
وقال بَعْضُهُمْ يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَالسَّلَمُ في الْحَيَوَانِ يَنْعَقِدُ عِنْدَنَا حتى لو اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ يُعَدُّ الْمِلْكُ مِلْكًا فَاسِدًا لَكِنْ ليس كُلُّ ما يُفْسِدُ الْبَيْعَ يُفْسِدُ النِّكَاحَ
وَاخْتَلَفُوا أَيْضًا في لَفْظِ الصَّرْفِ
قال بَعْضُهُمْ لَا يَنْعَقِدُ بِهِ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِإِثْبَاتِ الْمِلْكِ في

الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ التي لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالْمَعْقُودُ عليه هَهُنَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ
وقال بَعْضُهُمْ يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِلْكُ الْعَيْنِ في الْجُمْلَةِ
وَأَمَّا لَفْظُ الْوَصِيَّةِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ وَالنِّكَاحُ الْمُضَافُ إلَى زَمَانٍ في الْمُسْتَقْبَلِ لَا يَصِحُّ
وَحُكِيَ عن الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِلْكُ الرَّقَبَةِ في الْجُمْلَةِ وَحَكَى أبو عبد اللَّهِ الْبَصْرِيُّ عن الْكَرْخِيِّ أَنْ قَيَّدَ الْوَصِيَّةَ بِالْحَالِ بِأَنْ قال أَوْصَيْتُ لك بِابْنَتِي هذه الْآنَ يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ إذَا قَيَّدَهُ بِالْحَالِ صَارَ مَجَازًا عن التَّمْلِيكِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِحْلَالِ وَالْإِبَاحَةِ لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ على الْمِلْكِ أَصْلًا
أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُبَاحَ له الطَّعَامُ يَتَنَاوَلُهُ على حُكْمِ مِلْكِ الْمُبِيحِ حتى كان له حَقُّ الْحَجْرِ وَالْمَنْعِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْمُتْعَةِ لِأَنَّهُ لم يُوضَعْ لِلتَّمْلِيكِ وَلِأَنَّ الْمُتْعَةَ عَقْدٌ مَفْسُوخٌ لِمَا نُبَيِّنُ إنْ شَاءَ اللَّهُ في مَوْضِعِهِ وَلَوْ أَضَافَ الْهِبَةَ إلَى الْأَمَةِ بِأَنْ قال رَجُلٌ وَهَبْتُ أَمَتِي هذه مِنْكَ فَإِنْ كان الْحَالُ يَدُلُّ على النِّكَاحِ من إحْضَارِ الشُّهُودِ وَتَسْمِيَةِ الْمَهْرِ مُؤَجَّلًا وَمُعَجَّلًا وَنَحْوِ ذلك يُنْصَرَفُ إلَى النِّكَاحِ وَإِنْ لم يَكُنْ الْحَالُ دَلِيلًا على النِّكَاحِ فَإِنْ نَوَى النِّكَاحَ فَصَدَقَهُ الْمَوْهُوبُ له فَكَذَلِكَ وَيُنْصَرَفُ إلَى النِّكَاحِ بِقَرِينَةِ النِّيَّةِ وَإِنْ لم يَنْوِ يُنْصَرَفُ إلَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

ثُمَّ النِّكَاحُ كما يَنْعَقِدُ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ يَنْعَقِدُ بها بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ بِالْوَكَالَةِ وَالرِّسَالَةِ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْوَكِيلِ كَتَصَرُّفِ الْمُوَكِّلِ وَكَلَامَ الرَّسُولِ كَلَامُ الْمُرْسِلِ وَالْأَصْلُ في جَوَازِ الْوَكَالَةِ في بَابِ النِّكَاحِ ما رُوِيَ أَنَّ النَّجَاشِيَّ زَوَّجَ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أُمَّ حَبِيبَةَ رضي اللَّهُ عنها فَلَا يَخْلُو ذلك إمَّا أَنْ فَعَلَهُ بِأَمْرِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أو لَا بِأَمْرِهِ فَإِنْ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ فَهُوَ وَكِيلُهُ وَإِنْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَقَدْ أَجَازَ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عَقْدَهُ وَالْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ وَكَمَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْعِبَارَةِ يَنْعَقِدُ بِالْإِشَارَةِ من الْأَخْرَسِ إذَا كانت إشَارَتُهُ مَعْلُومَةً وَيَنْعَقِدُ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْكِتَابَ من الْغَائِبِ خِطَابُهُ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ صِيغَةِ اللَّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عن الْمَاضِي كَقَوْلِهِ زَوَّجْتُ وَتَزَوَّجْتُ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ وإما بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِأَحَدِهِمَا عن الْمَاضِي وَبِالْآخَرِ عن الْمُسْتَقْبَلِ كما إذَا قال رَجُلٌ لِرَجُلٍ زَوِّجْنِي بِنْتَك أو قال جِئْتُكَ خَاطِبًا ابْنَتَكَ أو قال جِئْتُك لِتُزَوِّجَنِي بِنْتَك فقال الْأَبُ قد زَوَّجْتُك أو قال لِامْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُك على أَلْفِ دِرْهَمٍ فقالت قد تَزَوَّجْتُك على ذلك أو قال لها زَوِّجِينِي أو انْكِحِينِي نَفْسَك فقالت زَوَّجْتُك أو أَنْكَحْت يَنْعَقِدُ اسْتِحْسَانًا

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَنْعَقِدَ لِأَنَّ لَفْظَ الِاسْتِقْبَالِ عُدَّةٌ وَالْأَمْرُ من فُرُوعِ الِاسْتِقْبَالِ فلم يُوجَدْ الِاسْتِقْبَالُ فلم يُوجَدُ الْإِيجَابُ إلَّا أَنَّهُمْ تَرَكُوا الْقِيَاسَ لِمَا رُوِيَ أَنَّ بِلَالًا رضي اللَّهُ عنه خَطَبَ إلَى قَوْمٍ من الْأَنْصَارِ فَأَبَوْا أَنْ يُزَوِّجُوهُ فقال لَوْلَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَمَرَنِي أَنْ أَخْطُبَ إلَيْكُمْ لَمَا خَطَبْتُ فَقَالُوا له مَلَكْت ولم يُنْقَلْ أَنَّ بِلَالًا أَعَادَ الْقَوْلَ وَلَوْ فَعَلَ لَنُقِلَ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِيجَابَ لِأَنَّ الْمُسَاوَمَةَ لَا تَتَحَقَّقُ في النِّكَاحِ عَادَةً فَكَانَ مَحْمُولًا على الْإِيجَابِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن السَّوْمَ مُعْتَادٌ فيه فَيُحْمَلُ اللَّفْظُ عليه فَلَا بُدَّ من لَفْظٍ آخَرَ يَتَأَدَّى بِهِ الْإِيجَابُ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا بَيَانُ أَنَّ النِّكَاحَ هل يَنْعَقِدُ بِعَاقِدٍ وَاحِدٍ أو لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِعَاقِدَيْنِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ في هذا الْفَصْلِ قال أَصْحَابُنَا يَنْعَقِدُ بِعَاقِدٍ وَاحِدٍ إذَا كانت له وِلَايَةٌ من الْجَانِبَيْنِ سَوَاءً كانت وِلَايَتُهُ أَصْلِيَّةً كَالْوِلَايَةِ الثَّابِتَةِ بِالْمِلْكِ وَالْقَرَابَةِ أو دَخِيلَةً كَالْوِلَايَةِ الثَّابِتَةِ بِالْوَكَالَةِ بِأَنْ كان الْعَاقِدُ مَالِكًا من الْجَانِبَيْنِ كَالْمَوْلَى إذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ من عَبْدِهِ أو كان وَلِيًّا من الْجَانِبَيْنِ كَالْجَدِّ إذَا زَوَّجَ ابْنَ ابْنِهِ الصَّغِيرَ من بِنْتِ ابْنِهِ الصَّغِيرَةِ وَالْأَخَ إذَا زَوَّجَ بِنْتَ أَخِيهِ الصَّغِيرَةِ من ابْنِ أَخِيهِ الصَّغِيرِ أو كان أَصِيلًا وَوَلِيًّا كَابْنِ الْعَمِّ إذَا زَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ من نَفْسِهِ أو كان وَكِيلًا من الْجَانِبَيْنِ أو رَسُولًا من الْجَانِبَيْنِ أو كان وَلِيًّا من جَانِبٍ وَوَكِيلًا من جَانِبٍ آخَرَ أو وَكَّلَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا لِيَتَزَوَّجَهَا من نَفْسِهِ أو وَكَّلَ رَجُلٌ امْرَأَةً لِتُزَوِّجَ نَفْسَهَا منها وَهَذَا مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ

وقال زُفَرُ لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِعَاقِدٍ وَاحِدٍ أَصْلًا

وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا إذَا كان وَلِيًّا من الْجَانِبَيْنِ وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْوَاحِدَ هل يَجُوزُ أَنْ يَقُومَ بِالنِّكَاحِ من الْجَانِبَيْنِ أَمْ لَا وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ أَنَّ رُكْنَ النِّكَاحِ اسْمٌ لِشَطْرَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَلَا يَقُومَانِ إلَّا بِعَاقِدَيْنِ كَشَطْرَيْ الْبَيْعِ إلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ يقول في

الْوَلِيِّ ضَرُورَةٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ بِلَا وَلِيٍّ فإذا كان الْوَلِيُّ مُتَعَيَّنًا فَلَوْ لم يُجِزْ نِكَاحَ الْمُوَلِّيَةِ لَامْتَنَعَ نِكَاحُهَا أَصْلًا وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ مُنْعَدِمَةٌ في الْوَكِيلِ وَنَحْوِهِ
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَيَسْتَفْتُونَكَ في النِّسَاءِ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وما يُتْلَى عَلَيْكُمْ في الْكِتَابِ في يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتَوْنَهُنَّ ما كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ } قِيلَ نَزَلَتْ هذه الْآيَةُ في يَتِيمَةٍ في حِجْرِ وَلِيِّهَا وَهِيَ ذَاتُ مَالٍ وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ بِالْآيَةِ الْكَرِيمَةِ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى { لَا تُؤْتَوْنَهُنَّ ما كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ } خَرَجَ مَخْرَجَ الْعِتَابِ فَيَدُلُّ على أَنَّ الْوَلِيَّ يَقُومُ بِنِكَاحِ وَلِيَّتِهِ وَحْدَهُ إذا لو لم يَقُمْ وَحْدَهُ بِهِ لم يَكُنْ لِلْعِتَابِ مَعْنًى لِمَا فيه من إلْحَاقِ الْعِتَابِ بِأَمْرٍ لَا يَتَحَقَّقُ وقَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالْإِنْكَاحِ مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْإِنْكَاحِ من غَيْرِهِ أو من نَفْسِهِ وَلِأَنَّ الْوَكِيلَ في بَابِ النِّكَاحِ ليس بِعَاقِدٍ بَلْ هو سَفِيرٌ عن الْعَاقِدِ وَمُعَبِّرٌ عنه بِدَلِيلِ أَنَّ حُقُوقَ النِّكَاحِ وَالْعَقْدِ لَا تَرْجِعُ إلَى الْوَكِيلِ وإذا كان مُعَبِّرًا عنه وَلَهُ وِلَايَةٌ على الزَّوْجَيْنِ فَكَانَتْ عِبَارَتُهُ كَعِبَارَةِ الْمُوَكِّلِ فَصَارَ كَلَامُهُ كَكَلَامِ شَخْصَيْنِ فَيُعْتَبَرُ إيجَابُهُ كَلَامًا لِلْمَرْأَةِ كَأَنَّهَا قالت زَوَّجْت نَفْسِي من فُلَانٍ وَقَبُولُهُ كَلَامًا لِلزَّوْجِ كَأَنَّهُ قال قَبِلْت فَيَقُومُ الْعَقْدُ بِاثْنَيْنِ حُكْمًا وَالثَّابِتُ بِالْحُكْمِ مُلْحَقٌ بِالثَّابِتِ حَقِيقَةً
وَأَمَّا الْبَيْعُ فَالْوَاحِدُ فيه إذَا كان وَلِيًّا يَقُومُ بِطَرَفَيْ الْعَقْدِ كَالْأَبِ يَشْتَرِي مَالَ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ أو يَبِيعُ مَالَ نَفْسِهِ من الصَّغِيرِ أو يَبِيعُ مَالَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ من ابْنِهِ الصَّغِيرِ أو يَشْتَرِي إلَّا أَنَّهُ إذَا كان وَكِيلًا لَا يَقُومُ بِهِمَا لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ مُقْتَصِرَةٌ على الْعَاقِدِ فَلَا يَصِيرُ كَلَامُ الْعَاقِدِ كَلَامَ الشَّخْصَيْنِ وَلِأَنَّ حُقُوقَ الْبَيْعِ إذَا كانت مُقْتَصِرَةً على الْعَاقِدِ وَلِلْبَيْعِ أَحْكَامٌ مُتَضَادَّةٌ من التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ وَالْمُطَالَبَةِ فَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ الْعَقْدِ لَصَارَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ مُطَالِبًا وَمَطْلُوبًا وَمُسَلِّمًا وَمُتَسَلِّمًا وَهَذَا مُمْتَنِعٌ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا صِفَةُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فَهِيَ أَنْ لَا يَكُونَ أَحَدُهُمَا لَازِمًا قبل وُجُودِ الْآخَرِ حتى لو وُجِدَ الْإِيجَابُ من أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ كان له أَنْ يَرْجِعَ قبل قَبُولِ الْآخَرِ كما في الْبَيْعِ لِأَنَّهُمَا جميعا رُكْنٌ وَاحِدٌ فَكَانَ أَحَدُهُمَا بَعْضَ الرُّكْنِ وَالْمُرَكَّبُ من شَيْئَيْنِ لَا وُجُودَ له بِأَحَدِهِمَا
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا شَرْطُ الِانْعِقَادِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ الْجَوَازِ وَالنَّفَاذِ وَبَعْضُهَا شَرْطُ اللُّزُومِ
أَمَّا شَرْطُ الِانْعِقَادِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى مَكَانِ الْعَقْدِ بِالْفِعْلِ فَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ من شَرَائِطِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ
فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَشَرْطُ النَّفَاذِ عِنْدَنَا لَا شَرْطُ الِانْعِقَادِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَمَّا تَعَذُّرُ الْعَاقِدِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ النِّكَاحِ خِلَافًا لِزُفَرَ على ما مَرَّ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مَكَانِ الْعَقْدِ فَهُوَ اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ إذَا كان الْعَاقِدَانِ حَاضِرَيْنِ وهو أَنْ يَكُونَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ حتى لو اخْتَلَفَ الْمَجْلِسُ لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِأَنْ كَانَا حَاضِرَيْنِ فَأَوْجَبَ أَحَدُهُمَا فَقَامَ الْآخَرُ عن الْمَجْلِسِ قبل الْقَبُولِ أو اشْتَغَلَ بِعَمَلٍ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْمَجْلِسِ لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّ انْعِقَادَهُ عِبَارَةٌ عن ارْتِبَاطِ أَحَدِ الشَّطْرَيْنِ بِالْآخَرِ فَكَانَ الْقِيَاسُ وُجُودَهُمَا في مَكَان وَاحِدٍ إلَّا أَنَّ اعْتِبَارَ ذلك يُؤَدِّي إلَى سَدِّ بَابِ الْعُقُودِ فَجُعِلَ الْمَجْلِسُ جَامِعًا لِلشَّطْرَيْنِ حُكْمًا مع تَفَرُّقِهِمَا حَقِيقَةً لِلضَّرُورَةِ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَجْلِسِ فإذا اخْتَلَفَ تَفَرَّقَ الشطران (((الشطرين))) حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا يَنْتَظِمُ الرُّكْنُ

وَأَمَّا الْفَوْرُ فَلَيْسَ من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هو شَرْطٌ وَالْمَسْأَلَةُ سَتَأْتِي في كِتَابِ الْبُيُوعِ وَنَذْكُرُ الْفَرْقَ هُنَاكَ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا تَنَاكَحَا وَهُمَا يَمْشِيَانِ أو يَسِيرَانِ على الدَّابَّةِ وهو على التَّفْصِيلِ الذي نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَنَذْكُرُ الْفَرْقَ هُنَاكَ بين الْمَشْيِ وَالسَّيْرِ على الدَّابَّةِ وَبَيْنَ جَرَيَانِ السَّفِينَةِ هذا إذَا كان الْعَاقِدَانِ حَاضِرَيْنِ فَأَمَّا إذَا كان أَحَدُهُمَا غَائِبًا لم يَنْعَقِدْ حتى لو قالت امْرَأَةٌ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ زَوَّجْت نَفْسِي من فُلَانٍ وهو غَائِبٌ فَبَلَغَهُ الْخَبَرُ فقال قَبِلْت أو قال رَجُلٌ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ تَزَوَّجْت فُلَانَةَ وَهِيَ غَائِبَةٌ فَبَلَغَهَا الْخَبَرُ فقالت زَوَّجْت نَفْسِي منه لم يَجُزْ وَإِنْ كان الْقَبُولُ بِحَضْرَةِ ذَيْنك الشَّاهِدَيْنِ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ
وقال أبو يُوسُفَ يَنْعَقِدُ وَيَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْغَائِبِ وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ

(2/232)

أَنَّ كَلَامَ الْوَاحِدِ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَقْدًا في بَابِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْوَاحِدَ في هذا الْبَابِ يَقُومُ بِالْعَقْدِ من الْجَانِبَيْنِ وَكَمَا لو كان مَالِكًا من الْجَانِبَيْنِ أو وَلِيًّا أو وَكِيلًا فَكَانَ كَلَامُهُ عَقْدًا لَا شَطْرًا فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلتَّوَقُّفِ كما في الْخُلْعِ وَالطَّلَاقِ والاعتاق على مَالٍ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا شَطْرُ الْعَقْدِ حَقِيقَةً لَا كُلُّهُ لِأَنَّهُ لَا يُمْلَكُ كُلُّهُ لِانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ وَشَطْرُ الْعَقْدِ لَا يَقِفُ على غَائِبٍ عن الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّطْرَ لَا يَحْتَمِلُ التَّوَقُّفَ حَقِيقَةً لِأَنَّ التَّوَقُّفَ في الْأَصْلِ على خِلَافِ الْحَقِيقَةِ لِصُدُورِهِ عن الْوَلَاءِ على الْجَانِبَيْنِ فَيَصِيرُ كَلَامُهُ بِمَنْزِلَةِ كَلَامَيْنِ وَشَخْصُهُ كَشَخْصَيْنِ حُكْمًا فإذا انْعَدَمَتْ الْوِلَايَةُ وَلَا ضَرُورَةَ إلَى تَعْيِينِ الْحَقِيقَةِ فَلَا يَقِفُ بِخِلَافِ الْخُلْعِ لِأَنَّهُ من جَانِبِ الزَّوْجِ يَمِينٌ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِقَبُولِ الْمَرْأَةِ وَأَنَّهُ يَمِينٌ فَكَانَ عَقْدًا تَامًّا وَمِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ مُعَاوَضَةً فَلَا يَحْتَمِلُ التَّوَقُّفَ كَالْبَيْعِ
وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْإِعْتَاقُ على مَالٍ وَلَوْ أَرْسَلَ إلَيْهَا رَسُولًا وَكَتَبَ إلَيْهَا بِذَلِكَ كِتَابًا فَقَبِلَتْ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ سَمِعَا كَلَامَ الرَّسُولِ وَقِرَاءَةَ الْكِتَابِ جَازَ ذلك لِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ كَلَامَ الرَّسُولِ كَلَامُ الْمُرْسِلِ لِأَنَّهُ يَنْقُلُ عِبَارَةَ الْمُرْسِلِ وَكَذَا الْكِتَابُ بِمَنْزِلَةِ الْخِطَابِ من الْكَاتِبِ فَكَانَ سَمَاعُ قَوْلِ الرَّسُولِ وَقِرَاءَةُ الْكِتَابِ سَمَاعَ قَوْلِ الْمُرْسِلِ وَكَلَامَ الْكَاتِبِ مَعْنًى وَإِنْ لم يَسْمَعَا كَلَامَ الرَّسُولِ وَقِرَاءَةَ الْكِتَابِ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ إذَا قالت زَوَّجْتُ نَفْسِي يَجُوزُ وَإِنْ لم يَسْمَعَا كَلَامَ الرَّسُولِ وَقِرَاءَةَ الْكِتَابِ بِنَاءً على أَنَّ قَوْلَهَا زَوَّجْت نَفْسِي شَطْرُ الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا وَالشَّهَادَةُ في شَطْرَيْ الْعَقْدِ شَرْطٌ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَقْدًا بِالشَّطْرَيْنِ فإذا لم يَسْمَعَا كَلَامَ الرَّسُولِ وَقِرَاءَةَ الْكِتَابِ فلم تُوجَدْ الشَّهَادَةُ على الْعَقْدِ وَقَوْلُ الزَّوْجِ بِانْفِرَادِهِ عَقْدٌ عِنْدَهُ وقد حَضَرَ الشَّاهِدَانِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْفُضُولِيُّ الْوَاحِدُ من الْجَانِبَيْنِ بِأَنْ قال الرَّجُلُ زَوَّجْت فُلَانَةَ من فُلَانٍ وَهُمَا غَائِبَانِ لم يَنْعَقِدْ عِنْدَهُمَا حتى لو بَلَغَهُمَا الْخَبَرُ فَأَجَازَا لم يَجُزْ وَعِنْدَهُ يَنْعَقِدُ وَيَجُوزُ بِالْإِجَازَةِ وَلَوْ قال فُضُولِيٌّ زَوَّجْت فُلَانَةَ من فُلَانٍ وَهُمَا غَائِبَانِ فَقَبِلَ فُضُولِيٌّ آخَرُ عن الزَّوْجِ يَنْعَقِدُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا حتى إذَا بَلَغَهُمَا الْخَبَرُ وَأَجَازَا جَازَ وَلَوْ فَسَخَ الْفُضُولِيُّ الْعَقْدَ قبل إجَازَةِ من وَقَفَ الْعَقْدُ

على إجَازَتِهِ صَحَّ الْفَسْخُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَصِحُّ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ بِالْفَسْخِ مُتَصَرِّفٌ في حَقِّ غَيْرِهِ فَلَا يَصِحُّ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ الْعَقْدَ قد انْعَقَدَ في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَتَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ من تَوَقَّفَ على إجَازَتِهِ لِأَنَّ الْحُكْمَ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ثَبَتَ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ فَكَانَ هو بِالْفَسْخِ مُتَصَرِّفًا في مَحِلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ فَلَا يَصِحُّ فَسْخُهُ بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ إذَا بَاعَ ثُمَّ فَسَخَ قبل اتِّصَالِ الْإِجَازَةِ بِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْفَسْخَ هُنَاكَ تَصَرُّفٌ دَفَعَ الْحُقُوقَ عن نَفْسِهِ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُ الْعَقْدِ بِالْوَكِيلِ فَكَانَ هو بِالْفَسْخِ دَافِعًا الْحُقُوقَ عن نَفْسِهِ فَيَصِحُّ كَالْمَالِكِ إذَا أَوْجَبَ النِّكَاحَ أو الْبَيْعَ أَنَّهُ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ قبل قَبُولِ الْآخَرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْعَقْدَ قبل الْإِجَازَةِ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ في حَقِّ الْحُكْمِ وَإِنَّمَا انْعَقَدَ في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَقَطْ فَكَانَ الْفَسْخُ منه قبل الْإِجَازَةِ تَصَرُّفًا في كَلَامِ نَفْسِهِ بِالنَّقْضِ فَجَازَ كما في الْبَيْعِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ شَرَائِطِ الْجَوَازِ وَالنَّفَاذِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ بَالِغًا فإن نِكَاحَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَإِنْ كان مُنْعَقِدًا على أَصْلِ أَصْحَابِنَا فَهُوَ غَيْرُ نَافِذٍ بَلْ نَفَاذُهُ يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ وَلِيِّهِ لِأَنَّ نَفَاذَ التَّصَرُّفِ لِاشْتِمَالِهِ على وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ وَالصَّبِيُّ لِقِلَّةِ تَأَمُّلِهِ لِاشْتِغَالِهِ بِاللَّهْوِ وَاللَّعِبِ لَا يَقِفُ على ذلك فَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بَلْ يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ وَلِيِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ على بُلُوغِهِ حتى لو بَلَغَ قبل أَنْ يُجِيزَهُ الْوَلِيُّ لَا يَنْفُذُ بِالْبُلُوغِ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْوَلِيِّ وَرِضَاهُ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِ رِضَا الصَّبِيِّ شَرْعًا وَبِالْبُلُوغِ زَالَتْ وِلَايَةُ الْوَلِيِّ فَلَا يَنْفُذُ ما لم يُجِزْهُ بِنَفْسِهِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَنْعَقِدُ تَصَرُّفَاتُ الصَّبِيِّ أَصْلًا بَلْ هِيَ بَاطِلَةٌ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْمَأْذُونِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ حُرًّا فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ مَمْلُوكٍ بَالِغٍ عَاقِلٍ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ
وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنَّ إذْنَ الْمَوْلَى شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْمَمْلُوكِ لَا يَجُوزُ من غَيْرِ إذْنِهِ أو إجَازَتِهِ وفي بَيَانِ ما يَكُونُ إجَازَةً له وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُهُ من النِّكَاحِ بَعْدَ الْإِذْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمَهْرِ في نِكَاحِ الْمَمْلُوكِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ مَمْلُوكٍ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ وَإِنْ كان عَاقِلًا بَالِغًا سَوَاءً كان قِنًّا أو مُدَبَّرًا أو مُدَبَّرَةٍ أو أُمَّ وَلَدٍ أو مُكَاتَبَةً أو مُكَاتَبًا
أَمَّا الْقِنُّ فَإِنْ كان أَمَةً فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهَا بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهَا وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ في مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَكَذَلِكَ الْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ لِأَنَّهَا مِلْكُ الْمَوْلَى رَقَبَةً وَمِلْكُ الْمُتْعَةِ يَتْبَعُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ إلَّا أن مُنِعَ من الِاسْتِمْتَاعِ بها لِزَوَالِ مِلْكِ الْيَدِ وفي الِاسْتِمْتَاعِ إثْبَاتُ مِلْكِ الْيَدِ وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أنها تَعْجِزُ فَتُرَدُّ إلَى الرِّقِّ فَتَعُودُ قِنَّةً كما كانت فَتَبَيَّنَ أَنَّ نِكَاحَهَا صَادَفَ الْمَوْلَى فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كان عَبْدًا فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ أَيْضًا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال مَالِكٌ يَجُوزُ وَجْهُ قَوْلِهِ إن مَنَافِعَ بُضْعِ الْعَبْدِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ مِلْكِ الْمَوْلَى فَكَانَ الْمَوْلَى فِيها على أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ وَالْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عنها فَيَمْلِكُ النِّكَاحَ كَالْحُرِّ بِخِلَافِ الْأَمَةِ لِأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِهَا مِلْكُ الْمَوْلَى فَمُنِعَتْ من التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلَنَا أَنَّ الْعَبْدَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مِلْكُ الْمَوْلَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى { ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا من أَنْفُسِكُمْ هل لَكُمْ من (((مما))) ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ من شُرَكَاءَ في (((فيما))) ما رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فيه سَوَاءٌ } أَخْبَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنَّ الْعَبِيدَ لَيْسُوا شُرَكَاءَ فِيمَا رُزِقَ السَّادَاتُ وَلَا هُمْ بِسَوَاءٍ في ذلك وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ ما أَرَادَ بِهِ نَفْيَ الشَّرِكَةِ في الْمَنَافِعِ لِاشْتِرَاكِهِمْ فيها دَلَّ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ حَقِيقَةَ الْمِلْكِ وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ } وَالْعَبْدُ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ وَلِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ أُضِيفَ إلَى كُلِّهِ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ في كُلِّهِ إلَّا أَنَّهُ مُنِعَ من الِانْتِفَاعِ به بِبَعْضِ أَجْزَائِهِ بِنَفْسِهِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ له كالآمة الْمَجُوسِيَّةِ وَغَيْرِ ذلك

وَكَذَلِكَ الْمَأْذُونُ في التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ وَلِأَنَّهُ كان مَحْجُورًا قبل الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ وَالنِّكَاحُ ليس من التِّجَارَةِ لِأَنَّ التِّجَارَةَ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالنِّكَاحُ مُعَاوَضَةُ الْبُضْعِ بِالْمَالِ

وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْمَرْأَةَ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا على عَبْدٍ تَنْوِي أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ لِلتِّجَارَةِ لم يَكُنْ لِلتِّجَارَةِ وَلَوْ كان النِّكَاحُ من التِّجَارَةِ لَكَانَ بَدَلُ الْبُضْعِ لِلتِّجَارَةِ كَالْبَيْعِ فَكَانَ هو بِالنِّكَاحِ مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ مَوْلَاهُ فَلَا يَجُوزُ كما لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ وَالدَّلِيلُ عليه قَوْله تَعَالَى { لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ } وَصَفَ الْعَبْدَ الْمَمْلُوكَ بِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ

وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ إنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْقُدْرَةَ الْحَقِيقِيَّةَ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ له فَتَعَيَّنَ الْقُدْرَةُ الشَّرْعِيَّةُ وَهِيَ إذْنُ الشَّرْعِ وَإِطْلَاقِهِ فَكَانَ نَفْيُ الْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَفْيًا لِلْإِذْنِ وَالْإِطْلَاقِ وَلَا يَجُوزُ إثْبَاتُ التَّصَرُّفِ الشَّرْعِيِّ بِغَيْرِ إذْنِ الشَّرْعِ

وَكَذَلِكَ الْمُدَبَّرُ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَلِأَنَّهُ كان مَحْجُورًا عن التَّزَوُّجِ قبل الْكِتَابَةِ وَعِنْدَ الْكِتَابَةِ ما أَفَادَ له إلَّا الْإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ وَالنِّكَاحُ ليس من التِّجَارَةِ لِأَنَّ التِّجَارَةَ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالنِّكَاحُ مُعَاوَضَةُ الْبُضْعِ بِالْمَالِ وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْمَرْأَةَ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا على عَبْدٍ تَنْوِي أَنَّ الْعَبْدَ يَكُونُ لِلتِّجَارَةِ لم يَكُنْ لِلتِّجَارَةِ وَلَوْ كان النِّكَاحُ من التِّجَارَةِ لَكَانَ بَدَلُ الْبُضْعِ لِلتِّجَارَةِ كَالْبَيْعِ

وَأَمَّا مُعْتَقُ الْبَعْضِ فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ حُرٍّ عليه دَيْنٌ عِنْدَهُمَا وَلَوْ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى وَاحِدٌ مِمَّنْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ إنْ أَجَازَ الْمَوْلَى النِّكَاحَ جَازَ لِأَنَّ الْعَقْدَ صَدَرَ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ النَّفَاذُ لِحَقِّ الْمَوْلَى فإذا أَجَازَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَسَرَّى وَإِنْ أَذِنَ له مَوْلَاهُ لِأَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِأَحَدِ الْمِلْكَيْنِ

قال اللَّه تَعَالَى { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ } ولم يُوجَدْ أَحَدُهُمَا

وروى عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَتَسَرَّى الْعَبْدُ وَلَا يُسَرِّيه مَوْلَاهُ وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ وَلَا الْمُكَاتَبُ شيئا إلَّا الطَّلَاقَ وَهَذَا نَصٌّ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَكُونُ إجَازَةً فَالْإِجَازَةُ قد تَثْبُتُ بِالنَّصِّ وقد تَثْبُتُ بِالدَّلَالَةِ وقد تَثْبُتُ بِالضَّرُورَةِ

أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ الصَّرِيحُ بِالْإِجَازَةِ وما يَجْرِي مَجْرَاهَا نحو أَنْ يَقُوَّلَ أَجَزْت أو رَضِيت أو أَذِنْت وَنَحْوَ ذلك

وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ قَوْلٌ أو فِعْلٌ يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ الْمَوْلَى إذَا أُخْبِرَ بِالنِّكَاحِ حَسَنٌ أو صَوَابٌ أو لَا بَأْسَ بِهِ وَنَحْوَ ذلك أو يَسُوقُ إلَى الْمَرْأَةِ الْمَهْرَ أو شيئا منه في نِكَاحِ الْعَبْدِ وَنَحْوَ ذلك مِمَّا يَدُلُّ على الرِّضَا
وَلَوْ قال له الْمَوْلَى طَلِّقْهَا أو فَارِقْهَا لم يَكُنْ إجَازَةً لِأَنَّ قَوْلَهُ طَلِّقْهَا أو فَارِقْهَا يَحْتَمِلُ حَقِيقَةَ الطَّلَاقِ وَالْمُفَارَقَةِ وَيَحْتَمِلُ الْمُتَارَكَةَ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ وَالنِّكَاحَ الْمَوْقُوفَ يُسَمَّى طَلَاقًا وَمُفَارَقَةً

فَوَقَعَ الشَّكُّ وَالِاحْتِمَالُ في ثُبُوتِ الْإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ
وَلَوْ قال له طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهُوَ إجَازَةٌ لِارْتِفَاعِ التَّرْدَادِ إذْ لَا رَجْعَةَ في الْمُتَارَكَةِ لِلنِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ وَفَسْخِهِ
وَأَمَّا الضَّرُورَةُ فَنَحْوُ أَنْ يُعْتِقَ الْمَوْلَى الْعَبْدَ أو الْأَمَةَ فَيَكُونُ الْإِعْتَاقُ إجَازَةً وَلَوْ أَذِنَ بِالنِّكَاحِ لم يَكُنْ الْإِذْنُ بِالنِّكَاحِ إجَازَةً
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لو لم يُجْعَلْ الْإِعْتَاقُ إجَازَةً لَكَانَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَبْطُلَ بِالنِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ وَإِمَّا أَنْ يَبْقَى مَوْقُوفًا على الْإِجَازَةِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَدَرَ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ فَلَا يَبْطُلُ إلَّا بِإِبْطَالِ من له وِلَايَةُ الْإِبْطَالِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لو بَقِيَ مَوْقُوفًا على الْإِجَازَةِ فَأَمَّا إنْ بَقِيَ مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْمَوْلَى أو على إجَازَةِ الْعَبْدِ لَا وَجْهَ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْإِجَازَةِ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِالْمِلْكِ وقد زَالَ بالاعتقاق (((بالإعتاق))) وَلَا وَجْهَ لِلثَّانِي لِأَنَّ الْعَقْدَ وُجِدَ من الْعَبْدِ فَكَيْفَ يَقِفُ عَقْدُ الْإِنْسَانِ على إجَازَتِهِ وإذا بَطَلَتْ هذه الاقسام وَلَيْسَ هَهُنَا قِسْمٌ آخَرُ لَزِمَ أَنْ يُجْعَلَ الْإِعْتَاقُ إجَازَةً ضَرُورَةً وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ لم تُوجَدْ في الأذن بِالنِّكَاحِ
وَلِلثَّانِي أَنَّ امْتِنَاعَ النَّفَاذِ مع صُدُورِ التَّصَرُّفِ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ لِقِيَامِ حَقِّ الْمَوْلَى وهو الْمِلْكُ نَظَرًا له دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه وقد زَالَ مِلْكُهُ بِالْإِعْتَاقِ فَزَالَ الْمَانِعُ من النُّفُوذِ وَالْإِذْنُ بِالتَّزَوُّجِ لَا يُوجِبُ زَوَالَ الْمَانِعِ وهو الْمِلْكُ لَكِنَّهُ بِالْإِذْنِ أقامة مَقَامَ نَفْسِهِ في النِّكَاحِ كَأَنَّهُ هو ثُمَّ تُبُوتُ وِلَايَةِ الْإِجَازَةِ له لم تَكُنْ إجَازَةً ما لم يُجِزْ فَكَذَا الْعَبْدُ ثُمَّ إذَا لم يَكُنْ نَفْسُ الْإِذْنِ من الْمَوْلَى بِالنِّكَاحِ إجَازَةً لِذَلِكَ الْعَقْدِ فَإِنْ أَجَازَهُ الْعَبْدُ جَازَ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَإِنْ أَجَازَهُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ مَأْذُونٌ بِالْعَقْدِ وَالْإِجَازَةُ مع الْعَقْدِ مُتَغَايِرَانِ اسْمًا وَصُورَةً وَشَرْطًا أَمَّا الِاسْمُ وَالصُّورَةُ فَلَا شَكَّ في تَغَايُرِهِمَا وَأَمَّا الشَّرْطُ فإن مَحِلَّ الْعَقْدِ عليه وَمَحِلَّ الْإِجَازَةِ نَفْسُ الْعَقْدِ وَكَذَا الشَّهَادَةُ شَرْطُ الْعَقْدِ لَا شَرْطُ الْإِجَازَةِ وَالْإِذْنُ بِأَحَدِ الْمُتَغَايِرَيْنِ لَا يَكُونُ إذْنًا بِالْآخَرِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعَبْدَ أَتَى بِبَعْضِ ما هو مَأْذُونٌ فيه فَكَانَ مُتَصَرِّفًا عن إذْنٍ فَيَجُوزُ تَصَرُّفُهُ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ الْمَوْلَى أَذِنَ له بِعَقْدٍ نَافِذٍ فَكَانَ مَأْذُونًا بِتَحْصِيلِ أَصْلِ الْعَقْدِ وَوَصْفِهِ وهو النَّفَاذُ وقد حَصَلَ النَّفَاذُ فَيَحْصُلُ وَلِهَذَا لو زَوَّجَ فُضُولِيٌّ هذا الْعَبْدَ امْرَأَةً بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى فَأَجَازَ الْعَبْدُ نَفَذَ الْعَقْدُ دَلَّ أَنَّ تَنْفِيذَ الْعَقْدِ بِالْإِجَازَةِ مَأْذُونٌ فيه من قِبَلِ الْمَوْلَى فَيَنْفُذُ بِإِجَازَتِهِ ثُمَّ إذَا نَفَذَ النِّكَاحُ بِالْإِعْتَاقِ وَهِيَ أَمَةٌ فَلَا خِيَارَ لها لِأَنَّ النِّكَاحَ نَفَذَ بَعْدَ الْعِتْقِ فالاعتاق لم يُصَادِفْهَا وَهِيَ مَنْكُوحَةٌ وَالْمَهْرُ لها إنْ لم يَكُنْ الزَّوْجُ دخل بها قبل الْإِعْتَاقِ وَإِنْ كان قد

دخل بها قبل الْإِعْتَاقِ فَالْمَهْرُ لِلْمَوْلَى هذا إذَا أَعْتَقَهَا وَهِيَ كَبِيرَةٌ فَأَمَّا إذَا كانت صَغِيرَةً فَأَعْتَقَهَا فإن الْإِعْتَاقَ لَا يَكُونُ إجَازَةً وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ عِنْدَ زُفَرَ وَعِنْدَنَا يَبْقَى مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْمَوْلَى إذَا لم يَكُنْ لها عَصَبَةٌ فَإِنْ كان لها عَصَبَةٌ يَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْعَصَبَةِ وَيَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْعَصَبَةِ ثُمَّ إنْ كان الْمُجِيزُ غير الْأَبِ أو الْجَدِّ فَلَهَا خِيَارُ الْإِدْرَاكِ لِأَنَّ الْعَقْدَ نَفَذَ عليها في حَالَةِ الصِّغَرِ وَهِيَ حُرَّةٌ وَإِنْ كان الْمُجِيزُ أَبُوهَا أو جَدُّهَا فَلَا خِيَارَ لها وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْإِجَازَةِ فَإِنْ وَرِثَهَا من يَحِلُّ له وَطْؤُهَا بَطَلَ النِّكَاحُ الْمَوْقُوفُ لِأَنَّ الْحِلَّ النَّافِذَ قد طَرَأَ على الْمَوْقُوفِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْحِلِّ وهو الْمِلْكُ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَاَلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ } وَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ الْحِلِّ له ارْتِفَاعُ الْمَوْقُوفِ وَإِنْ وَرِثَهَا من لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا بِأَنْ كان الْوَارِثُ ابن الْمَيِّتِ وقد وَطِئَهَا أَبُوهُ أو كانت الْأَمَةُ أُخْتُهُ من الرَّضَاعِ أو وَرِثَهَا جَمَاعَةٌ فَلِلْوَارِثِ الْإِجَازَةُ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ طَرَيَان الْحِلِّ فَبَقِيَ الْمَوْقُوفُ على حَالِهِ وَكَذَلِكَ إذَا بَاعَهَا الْمَوْلَى قبل الْإِجَازَةِ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا في الْوَارِثِ

وَعَلَى هذا قالوا فِيمَنْ تَزَوَّجَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِ (((إذنه))) وَوَطِئَهَا ثُمَّ بَاعَهَا الْمَوْلَى من رَجُلٍ أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الْإِجَازَةَ لِأَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ يَمْنَعُ حِلَّ الْوَطْءِ لِلْمُشْتَرِي

وَأَمَّا الْعَبْدُ إذَا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى فَمَاتَ الْوَلِيُّ أو بَاعَهُ قبل الْإِجَازَةِ فَلِلْوَارِثِ وَالْمُشْتَرِي الْإِجَازَةُ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ حِلُّ الْوَطْءِ هَهُنَا فلم يُوجَدْ طَرَيَان حِلِّ الْوَطْءِ فَبَقِيَ الْمَوْقُوفُ بِحَالِهِ وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ وَالْمُشْتَرِي بَلْ يَبْطُلُ وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ الْعَقْدَ الْمَوْقُوفَ على إجَازَةِ إنْسَانٍ يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ من قِبَلِ غَيْرِهِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَحْتَمِلُ

وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْإِجَازَةَ إنَّمَا تَلْحَقُ الْمَوْقُوفَ لِأَنَّهَا تَنْفِيذُ الْمَوْقُوفِ فَإِنَّمَا تَلْحَقُهُ على الْوَجْهِ الذي وَقَفَ وَإِنَّمَا وَقَفَ على الْأَوَّلِ لَا على الثَّانِي فَلَا يَمْلِكُ الثَّانِي تَنْفِيذَهُ

وَلَنَا أَنَّهُ إنَّمَا وَقَفَ على إجَازَةِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وقد صَارَ الْمِلْكُ لِلثَّانِي فَتَنْتَقِلُ الْإِجَازَةُ إلَى الثَّانِي وَهَذَا لِأَنَّ الْمَالِكَ يَمْلِكُ إنْشَاءَ النِّكَاحِ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ وهو النَّفَاذُ فَلَأَنْ يَمْلِكَ تَنْفِيذَ النِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ وَأَنَّهُ إثْبَاتُ الْوَصْفِ دُونَ الْأَصْلِ أَوْلَى وَلَوْ زَوَّجَتْ الْمُكَاتَبَةُ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى حتى وَقَفَ على إجَازَتِهِ فَأَعْتَقَهَا نَفَذَ الْعَقْدُ والإخبار فيه كما ذَكَرْنَا في الْأَمَةِ الْقِنَّةِ وَكَذَلِكَ إذَا أَدَّتْ فَعَتَقَتْ وَإِنْ عَجَزَتْ فَإِنْ كان بُضْعُهَا يَحِلُّ لِلْمَوْلَى يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَإِنْ كان لَا يَحِلُّ بِأَنْ كانت أُخْتُهُ من الرَّضَاعِ أو كانت مَجُوسِيَّةً تَوَقَّفَ على إجَازَتِهِ وَلَوْ كان الْمَوْلَى هو الذي عَقَدَ عليها بِغَيْرِ رِضَاهَا حتى وَقَفَ على إجَازَتِهَا فَأَجَازَتْ جَازَ الْعَقْدُ وَإِنْ أَدَّتْ فَعَتَقَتْ أو أَعْتَقَهَا الْمَوْلَى تَوَقَّفَ الْعَقْدُ على إجَازَتِهَا إنْ كانت كَبِيرَةً وَإِنْ كانت صَغِيرَةً فَهُوَ على ما ذَكَرْنَا من الِاخْتِلَافِ في الْأَمَةِ وَتَتَوَقَّفُ على إجَازَةِ الْمَوْلَى عِنْدَنَا إذَا لم يَكُنْ لها عَصَبَةٌ غير الْمَوْلَى فَإِنْ كان فَأَجَازُوا

جَازَ وإذا أَدْرَكَتْ فَلَهَا خِيَارُ الْإِدْرَاكِ إذَا كان الْمُجْبِرُ غير الْأَبِ وَالْجَدِّ على ما ذَكَرْنَا وَإِنْ لم يُعْتِقْهَا حتى عَجَزَتْ بَطَلَ الْعَقْدُ وَإِنْ كان بُضْعُهَا يَحِلُّ لِلْمَوْلَى وَإِنْ كان لَا يَحِلُّ له فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِإِجَازَتِهِ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُهُ من النِّكَاحِ بَعْدَ الْإِذْنِ فَنَقُولُ إذَا أَذِنَ الْمَوْلَى لِلْعَبْدِ بِالتَّزْوِيجِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ خَصَّ الْإِذْنَ بِالتَّزَوُّجِ أو عَمَّهُ فَإِنْ خَصَّ بِأَنْ قال له تَزَوَّجْ لم يَجُزْ له أَنْ يَتَزَوَّجَ إلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً لِأَنَّ الْأَمْرَ الْمُطْلَقَ بِالْفِعْلِ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ وَكَذَا إذَا قال له تَزَوَّجْ امْرَأَةً لِأَنَّ قَوْلَهُ امْرَأَةً اسْمٌ لِوَاحِدَةٍ من هذا الْجِنْسِ وَإِنْ عَمَّ بِأَنْ قال تَزَوَّجْ ما شِئْتَ من النِّسَاءِ جَازَ له أَنْ يَتَزَوَّجَ ثِنْتَيْنِ وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ من ذلك لِأَنَّهُ إذن له بِنِكَاحِ ما شَاءَ من النِّسَاءِ بِلَفْظِ الْجَمْعِ فَيَنْصَرِفُ إلَى جَمِيعِ ما يَمْلِكُهُ الْعَبِيدُ من النِّسَاءِ وهو التَّزَوُّجُ بِاثْنَتَيْنِ

قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ من اثْنَتَيْنِ وَعَلَيْهِ إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وَرُوِيَ عن الْحَكَمِ أَنَّهُ قال اجْتَمَعَ أَصْحَابُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم على أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَجْمَعُ من النِّسَاءِ فَوْقَ اثْنَتَيْنِ وَلِأَنَّ مَالِكِيَّةَ النِّكَاحِ تُشْعِرُ بِكَمَالِ الْحَالِ لِأَنَّهَا من بَابِ الْوِلَايَةِ وَالْعَبْدُ أَنْقَصُ حَالًا من الْحُرِّ فَيَظْهَرُ أَثَرُ النُّقْصَانِ في عَدَدِ الْمَمْلُوكِ له في النِّكَاحِ كما ظَهَرَ أَثَرُهُ في الْقَسَمِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِدَّةِ وَالْحُدُودِ وَغَيْرِ ذلك وَهَلْ يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ بِالتَّزَوُّجِ النِّكَاحُ الْفَاسِدُ قال أبو حَنِيفَةَ يَدْخُلُ حتى لو تَزَوَّجَ الْعَبْدُ امْرَأَةً نِكَاحًا فَاسِدًا وَدَخَلَ بها لَزِمَهُ الْمَهْرُ في الْحَالِ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَدْخُلُ وَيُتْبَعُ بِالْمَهْرِ بَعْدَ الْعِتْقِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى من الْإِذْنِ بِالنِّكَاحِ وهو حِلُّ الِاسْتِمْتَاعِ لِيَحْصُلَ بِهِ عِفَّةُ الْعَبْدِ عن الزِّنَا وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْحِلَّ فَلَا يَكُونُ مُرَادًا من الْإِذْنِ بِالتَّزَوُّجِ وَلِهَذَا لو حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ يَنْصَرِفُ إلَى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ حتى لو نَكَحَ نِكَاحًا فَاسِدًا لَا يَحْنَثُ

كَذَا هذا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِذْنَ بِالتَّزَوُّجِ مُطْلَقٌ فَيَنْصَرِفُ إلَى الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ كَالْإِذْنِ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا وفي مَسْأَلَةِ الْيَمِينِ إنَّمَا لم يَنْصَرِفْ لَفْظُ النِّكَاحِ إلَى الْفَاسِدِ لِقَرِينَةٍ عُرْفِيَّةٍ إلَّا أَنَّ الْأَيْمَانَ مَحْمُولَةٌ على الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وَالْمُتَعَارَفِ وَالْمُعْتَادِ مِمَّا يُقْصَدُ بِالْيَمِينِ الِامْتِنَاعُ عن الصَّحِيحِ لَا الْفَاسِدِ لِأَنَّ فَسَادَ

الْمَحْلُوفِ عليه يَكْفِي مَانِعًا من الْإِقْدَامِ عليه فَلَا حَاجَةَ إلَى الِامْتِنَاعِ بِالْيَمِينِ وَالدَّلِيلُ على صِحَّةِ هذا التَّخْرِيجِ أَنَّ يَمِينَ الْحَالِفِ لو كانت على الْفِعْلِ الْمَاضِي يَنْصَرِفُ إلَى الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ جميعا وَيَتَفَرَّعُ على هذا أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا فَاسِدًا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى نِكَاحًا صَحِيحًا ليس له ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْإِذْنَ انْتَهَى بِالنِّكَاحِ وَعِنْدَهُمَا له ذلك لِأَنَّ الْإِذْنَ قد بَقِيَ وَلَوْ أَذِنَ له بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ نَصًّا وَدَخَلَ بها يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ في الْحَالِ في قَوْلِهِمْ جميعا أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّ الصَّرْفَ إلَى الصَّحِيحِ لِضَرْبِ دَلَالَةٍ أَوْجَبَتْ إلَيْهِ فإذا جاء النَّصُّ بِخِلَافِهِ بَطَلَتْ الدَّلَالَةُ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْمَهْرِ في نِكَاحِ الْمَمْلُوكِ فَنَقُولُ إذَا كانت الْإِجَازَةُ قبل الدُّخُولِ بِالْأَمَةِ لم يَكُنْ على الزَّوْجِ إلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كان بَعْدَ الدُّخُولِ بها فَالْقِيَاسُ أَنْ يَلْزَمَهُ مَهْرَانِ مَهْرٌ بِالدُّخُولِ قبل الْإِجَازَةِ وَمَهْرٌ بِالْإِجَازَةِ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ وُجُوبِ مَهْرَيْنِ أَحَدُهُمَا الدُّخُولُ لِأَنَّ الدُّخُولَ في النِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ دُخُولٌ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ وهو بِمَنْزِلَةِ الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَذَا يُوجِبُ الْمَهْرَ

كَذَا هذا

وَالثَّانِي النِّكَاحُ الصَّحِيحُ لِأَنَّ النِّكَاحَ قد صَحَّ بِالْإِجَازَةِ وَلِلِاسْتِحْسَانِ وَجْهَانِ

أَحَدُهُمَا أَنَّ النِّكَاحَ كان مَوْقُوفًا على إذْنِ الْمَالِكِ كَنِكَاحِ الْفُضُولِيِّ وَالْعَقْدُ الْمَوْقُوفُ إذَا اتَّصَلَتْ بِهِ الْإِجَازَةُ تَسْتَنِدُ الْإِجَازَةُ إلَى وَقْتِ الْعَقْدِ وإذا اسْتَنَدَتْ الْإِجَازَةُ إلَيْهِ صَارَ كَأَنَّهُ عَقَدَهُ بِإِذْنِهِ إذْ الْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالْإِذْنِ السَّابِقِ فَلَا يَجِبُ إلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ

وَالثَّانِي أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لو وَجَبَ لَكَانَ لِوُجُودِهِ تَعَلُّقًا بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَوْلَاهُ لَكَانَ الْفِعْلُ زِنًا وَلَكَانَ الْوَاجِبُ هو الْحَدُّ لَا الْمَهْرُ وقد وَجَبَ الْمُسَمَّى بِالْعَقْدِ فَلَوْ وَجَبَ بِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ أَيْضًا لَوَجَبَ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ مَهْرَانِ وَأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ

ثُمَّ كُلُّ ما وَجَبَ من مَهْرِ الْأَمَةِ فَهُوَ لِلْمَوْلَى سَوَاءٌ وَجَبَ بِالْعَقْدِ أو بِالدُّخُولِ وَسَوَاءٌ كان الْمَهْرُ مُسَمًّى أو مَهْرَ الْمِثْلِ وَسَوَاءٌ كانت الْأَمَةُ قِنَّةً أو مُدَبَّرَةً أو أُمَّ وَلَدٍ إلَّا الْمُكَاتَبَةَ وَالْمُعْتَقَ بَعْضُهَا فإن الْمَهْرَ لَهُمَا لِأَنَّ الْمَهْرَ وَجَبَ عِوَضًا عن الْمُتْعَةِ وَهِيَ مَنَافِعُ الْبُضْعِ ثُمَّ إنْ كانت مَنَافِعُ الْبُضْعِ مُلْحَقَةً بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ فَعِوَضُهَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى كَالْأَرْشِ وَإِنْ كانت مُبْقَاةً على حَقِيقَةِ الْمَنْفَعَةِ فَبَدَلُهَا يَكُونُ لِلْمَوْلَى أَيْضًا كَالْأُجْرَةِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَبَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ الْأَرْشُ وَالْأُجْرَةُ لها فَكَانَ الْمَهْرُ لها أَيْضًا وَكُلُّ مَهْرٍ لَزِمَ الْعَبْدَ فَإِنْ كان قِنًّا وَالنِّكَاحُ بِإِذْنِ الْمَوْلَى يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ وَرَقَبَتُهُ تُبَاعُ فيه إنْ لم يَكُنْ له كَسْبٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ في حَقِّ الْعَبْدِ ظَاهِرٌ في حَقِّ الْمَوْلَى وَمِثْلُ هذا الدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَالْمَسْأَلَةُ سَتَأْتِي في كِتَابِ الْمَأْذُونِ

وَإِنْ كان مُدَبَّرًا أو مُكَاتَبًا فَإِنَّهُمَا يَسْعَيَانِ في الْمَهْرِ فيستوفي من كَسْبِهِمَا لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ من رَقَبَتِهِمَا بِخُرُوجِهِمَا عن احْتِمَالِ الْبَيْعِ بِالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وما لَزِمَ الْعَبِيدَ من ذلك بِغَيْرِ إذْنِ الملوى (((المولى))) أُتْبِعُوا بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِسَبَبٍ لم يَظْهَرْ في حَقِّ الْمَوْلَى فَأَشْبَهَ الدَّيْنَ الثَّابِتَ بِإِقْرَارِ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ لِلْحَالِ وَيُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَاقِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الْوِلَايَةُ في النِّكَاحِ فَلَا يَنْعَقِدُ إنْكَاحُ من لَا وِلَايَةَ له وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنْوَاعِ الْوِلَايَةِ وفي بَيَانِهِ سَبَبَ ثُبُوتِ كل نَوْعٍ وفي بَيَانِ شَرْطِ ثُبُوتِ كل نَوْعٍ وما يَتَّصِلُ بِهِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْوِلَايَةُ في بَابِ النِّكَاحِ أَنْوَاعٌ أَرْبَعَةٌ وِلَايَةُ الْمِلْكِ وَوِلَايَةُ الْقَرَابَةِ وَوِلَايَةُ الْوَلَاءِ وَوِلَايَةُ الإمامة أَمَّا وِلَايَةُ الْمِلْكِ فَسَبَبُ ثُبُوتِهَا الْمِلْكُ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ وِلَايَةُ نَظَرٍ وَالْمِلْكُ داعي (((داع))) إلَى الشَّفَقَةِ وَالنَّظَرِ في حَقِّ الْمَمْلُوكِ فَكَانَ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وَلَا وِلَايَةَ لِلْمَمْلُوكِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ له إذْ هو مَمْلُوكٌ في نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ مَالِكًا

وَأَمَّا شَرَائِطُ ثُبُوتِ هذه الْوِلَايَةِ فَمِنْهَا عَقْلُ الْمَالِكِ وَمِنْهَا بُلُوغُهُ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْكَاحُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَلَا من الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الْوِلَايَةِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الْوِلَايَةِ بِالْقُدْرَةِ على تَحْصِيلِ النَّظَرِ في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه وَذَلِكَ بِكَمَالِ الرَّأْيِ وَالْعَقْلِ ولم يُوجَدْ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لهم على أَنْفُسِهِمْ فَكَيْفَ يَكُونُ على غَيْرِهِمْ

وَمِنْهَا الْمِلْكُ الْمُطْلَقُ وهو أَنْ يَكُونَ الْمُوَلَّى عليه مَمْلُوكًا لِلْمَالِكِ رَقَبَةً وَيَدًا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ إنْكَاحُ الرَّجُلِ أَمَتَهُ أو مُدَبَّرَتَهُ أو أُمَّ وَلَدِهِ أو عَبْدَهُ أو مُدَبَّرَهُ أَنَّهُ جَائِزٌ سَوَاءٌ رضي بِهِ الْمَمْلُوكُ أو لَا وَلَا يَجُوزُ إنْكَاحُ الْمُكَاتَبِ وَالْمُكَاتَبَةِ إلَّا بِرِضَاهُمَا أَمَّا إنْكَاحُ الْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ فَلَا خِلَافَ في جَوَازِهِ صَغِيرَةً كانت أو كَبِيرَةً وَأَمَّا إنْكَاحُ الْعَبْدِ فَإِنْ كان صَغِيرًا يَجُوزُ وَإِنْ كان كَبِيرًا فَقَدْ ذُكِرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَاهُ

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إلَّا بِرِضَاهُ وَبِهِ أخد (((أخذ))) الشَّافِعِيُّ وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِ الْعَبْدِ لم تَدْخُلْ تَحْتَ مِلْكِ الْمَوْلَى بَلْ هو أَجْنَبِيٌّ عنها وَالْإِنْسَانُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مِلْكِ غَيْرِهِ من غَيْرِ رِضَاهُ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ إنْكَاحَ الْمُكَاتَبِ وَالْمُكَاتَبَةِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ لِأَنَّ مَنَافِعَ بُضْعِهَا مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْلَى وَلِأَنَّ نِكَاحَ الْمُكْرَهِ لَا يَنْفُذُ ما وُضِعَ له من الْمَقَاصِدِ الْمَطْلُوبَةِ منه لِأَنَّ حُصُولَهَا بِالدَّوَامِ على النِّكَاحِ وَالْقَرَارِ عليه وَنِكَاحُ الْمُكْرَهِ لَا يَدُومُ بَلْ يُزِيلُهُ الْعَبْدُ بِالطَّلَاقِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَةً

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ قَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ من عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ } أَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمَوَالِيَ بِإِنْكَاحِ الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الرِّضَا فَمَنْ شَرَطَهُ يَحْتَاجُ إلَى الدَّلِيلِ وَلِأَنَّ إنْكَاحَ الْمَمْلُوكِ من الْمَوْلَى تَصَرُّفٌ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ مَقَاصِدَ النِّكَاحِ تَرْجِعُ إلَيْهِ فإن الْوَلَدَ في إنْكَاحِ الْأَمَةِ له وَكَذَا في إنْكَاحِ أَمَتِهِ من عَبْدِهِ وَمَنْفَعَةَ الْعَقْدِ عن الزِّنَا الذي يُوجِبُ نُقْصَانَ مَالِيَّةِ مَمْلُوكِهِ حَصَلَ له أَيْضًا فَكَانَ هذا الْإِنْكَاحُ تَصَرُّفًا لِنَفْسِهِ وَمَنْ تَصَرَّفَ في مِلْكِ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ يَنْفُذُ

وَلَا يُشْتَرَطُ فيه رِضَا الْمُتَصَرَّفِ فيه كما في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ وَلِأَنَّ الْعَبْدَ مِلْكُهُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُطْلَقًا لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَلِكُلِّ مَالِكٍ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في مِلْكِهِ إذَا كان التَّصَرُّفُ مَصْلَحَةً وَإِنْكَاحُ الْعَبْدِ مَصْلَحَةٌ في حَقِّهِ لِمَا فيه من صِيَانَةِ مِلْكِهِ عن النُّقْصَانِ بِوَاسِطَةِ الصِّيَانَةِ عن الزِّنَا وَقَوْلُهُ مَنَافِعُ الْبُضْعِ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لِسَيِّدِهِ مَمْنُوعٌ بَلْ هِيَ مَمْلُوكَةٌ إلَّا أَنَّ مَوْلَاهَا إذَا كانت أَمَةً مُنِعَتْ من اسْتِيفَائِهَا لِمَا فيه من الْفَسَادِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ كَالْجَارِيَةِ الْمَجُوسِيَّةِ وَالْأُخْتِ من الرَّضَاعَةِ أَنَّهُ يُمْنَعُ الْمَوْلَى من الِاسْتِمْتَاعِ بِهِمَا مع قِيَامِ الْمِلْكِ كَذَا هذا

وَالْمِلْكُ الْمُطْلَقُ لم يُوجَدْ في الْمُكَاتَبِ لِزَوَالِ مِلْكِ الْيَدِ بِالْكِتَابَةِ حتى كان أَحَقَّ بِالْكِتَابَةِ وَلِهَذَا لم يَدْخُلْ تَحْتَ مُطْلَقِ اسْمِ الْمَمْلُوكِ في قَوْلِهِ كُلُّ مَمْلُوكٍ لي فَهُوَ حُرٌّ إلَّا بِالنِّيَّةِ فَقِيَامُ مِلْكِ الرَّقَبَةِ إنْ اقْتَضَى ثُبُوتَ الْوِلَايَةِ فَانْعِدَامُ مِلْكِ الْيَدِ يَمْنَعُ من الثُّبُوتِ فَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ بِالشَّكِّ وَلِأَنَّ في التَّزْوِيجِ من غَيْرِ رِضَا الْمُكَاتَبِ ضَرَرًا لِأَنَّ الْمَوْلَى بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ جَعَلَهُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ لِيَتَوَصَّلَ بها إلَى شَرَفِ الْحُرِّيَّةِ فَالتَّزْوِيجُ من غَيْرِ رِضَاهُ يُوجِبُ تَعَلُّقَ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ بِكَسْبِهِ فَلَا يَصِلُ إلَى الْحُرِّيَّةِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ بِشَرْطِ رِضَاهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه

وَقَوْلُهُ لَا فَائِدَةَ في هذا النِّكَاحِ مَمْنُوعٌ فإن في طَبْعِ كل فَحْلٍ التَّوَقَانُ إلَى النِّسَاءِ فَالظَّاهِرُ هو قَضَاءُ الشَّهْوَةِ خُصُوصًا عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ وهو الْحُرْمَةُ وَكَذَا الظَّاهِرُ من حَالِ الْعَبْدِ الِامْتِنَاعُ من بَعْضِ تَصَرُّفِ الْمَوْلَى احْتِرَامًا له فَيَبْقَى النِّكَاحُ فَيُفِيدُ فَائِدَةً تَامَّةً وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا وِلَايَةُ الْقَرَابَةِ فَسَبَبُ ثُبُوتِهَا هو أَصْلُ الْقَرَابَةِ وَذَاتُهَا لَا كَمَالُ الْقُرْبَةِ وَإِنَّمَا الْكَمَالُ شَرْطُ التَّقَدُّمِ على ما نَذْكُرُ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ السَّبَبُ هو الْقَرَابَةُ الْقَرِيبَةُ وَهِيَ قَرَابَةُ الْوِلَادِ وَعَلَى هذا يبني أَنَّ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وِلَايَةُ الْإِنْكَاح عِنْدَنَا خِلَافًا له
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ حتى تُسْتَأْمَرَ
وَحَقِيقَةُ اسْمِ الْيَتِيمَةِ لِلصَّغِيرَةِ لُغَةً قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يُتْمَ بَعْدَ الْحُلُمِ نهى صلى اللَّهُ عليه وسلم عن إنْكَاحِ الْيَتِيمَةِ وَمَدَّهُ إلَى غَايَةِ الِاسْتِئْمَارِ وَلَا تَصِيرُ أَهْلًا لِلِاسْتِئْمَارِ إلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ فَيَتَضَمَّنُ الْبُلُوغَ كَأَنَّهُ قال صلى اللَّهُ عليه وسلم حتى تَبْلُغَ وَتُسْتَأْمَرَ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ إضرارا (((إضرار))) في جَانِبِ النِّسَاءِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مِثْلِهِ إنْكَاحَ الْبِنْتِ الْبَالِغَةِ وَمِثْلُ هذا التَّصَرُّفِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ الْمَوْلَى كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْهِبَةِ وَغَيْرِهِمَا إلَّا أَنَّهُ تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ لِكَمَالِ شَفَقَتِهِمَا وَشَفَقَةُ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ قَاصِرَةٌ وقد ظَهَرَ أَثَرُ الْقُصُورِ في سَلْبِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ في الْحَالِ بِالْإِجْمَاعِ وَسَلْبِ وِلَايَةِ اللُّزُومِ عِنْدَكُمْ فَتَعَذَّرَ الالحاق
وَلَنَا قَوْلُه تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } هذا خِطَابٌ لِعَامَّةِ الْمُؤْمِنِينَ لِأَنَّهُ بنى على قَوْلِه تَعَالَى { وَتُوبُوا إلَى اللَّهِ جميعا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ } ثُمَّ خُصَّ منه الْأَجَانِبُ فَبَقِيَتْ الْأَقَارِبُ تَحْتَهُ إلَّا من خُصَّ بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّ سَبَبَ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ في الْأَبِ وَالْجَدِّ هو مُطْلَقُ الْقَرَابَةِ لَا الْقَرَابَةُ الْقَرِيبَةُ وَإِنَّمَا قُرْبُ الْقَرَابَةِ سَبَبُ زِيَادَةِ الْوِلَايَةِ وَهِيَ وِلَايَةُ الْإِلْزَامِ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْقَرَابَةِ حَاصِلٌ على أَصْلِ الشَّفَقَةِ أَعْنِي بِهِ شَفَقَةً زَائِدَةً على شَفَقَةِ الْجِنْسِ وَشَفَقَةِ الْإِسْلَامِ وَهِيَ دَاعِيَةٌ إلَى تَحْصِيلِ النَّظَرِ في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه وَشَرْطُهَا عَجْزُ الملوى (((المولى))) عليه عن تَحْصِيلِ النَّظَرِ بِنَفْسِهِ مع حَاجَتِهِ إلَى التَّحْصِيلِ لِأَنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ مُضَمَّنَةٌ تَحْتَ الْكَفَاءَةِ وَالْكُفْءُ عَزِيزُ الْوُجُودِ فَيُحْتَاجُ إلَى إحْرَازِهِ لِلْحَالِ لِاسْتِيفَاءِ مَصَالِحِ النِّكَاحِ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَفَائِدَتُهَا وُقُوعُهَا وَسِيلَةً إلَى ما وُضِعَ النِّكَاحُ له وَكُلُّ ذلك مَوْجُودٌ في إنْكَاحِ الْأَخِ وَالْعَمِّ فَيَنْفُذُ إلَّا أَنَّهُ لم يَلْزَمْ تَصَرُّفه لِانْعِدَامِ شَرْطِ اللُّزُومِ وهو قُرْبُ الْقَرَابَةِ ولم تَثْبُتْ له وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في الْمَالِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الْقَوْلِ بِاللُّزُومِ لِأَنَّ قَرَابَةَ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَيْسَتْ بِمُلْزِمَةٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى التَّوَلِّي بِالنَّفَاذِ بِدُونِ اللُّزُومِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إذْ الْمَقْصُودُ من التَّصَرُّفِ في الْمَالِ وهو الرِّبْحُ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِتَكْرَارِ التِّجَارَةِ وَلَا يَحْصُلُ ذلك مع عَدَمِ اللُّزُومِ لِأَنَّهُ إذَا اشْتَرَى شيئا يَحْتَاجُ إلَى أَنْ يُمْسِكَهُ إلَى وَقْتِ الْبُلُوغِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ فَسَقَطَتْ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في الْمَالِ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ مُنْعَدِمَةٌ في وِلَايَةِ الْإِنْكَاحِ فَثَبَتَتْ وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَالْمُرَادُ منه الْيَتِيمَةُ الْبَالِغَةُ بِدَلَالَةِ الِاسْتِئْمَارِ وَهَذَا وَإِنْ كان مَجَازًا لَكِنْ فِيمَا ذَكَرَهُ

أَيْضًا إضْمَارٌ فَوَقَعَتْ الْمُعَارَضَةُ فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهِ أو نَحْمِلُهُ على ما قُلْنَا تَوْفِيقًا بين الدَّلِيلَيْنِ صِيَانَةً لَهُمَا عن التَّنَاقُضِ ثُمَّ إذَا زُوِّجَ الصَّغِيرُ أو الصَّغِيرَةُ فَلَهُمَا الْخِيَارُ إذَا بَلَغَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا خِيَارَ لَهُمَا

وَيَذْكُرُ المسئلة (((المسألة))) إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في شَرَائِطِ اللُّزُومِ
وَأَمَّا شَرَائِطُ ثُبُوتِ هذه الْوِلَايَةِ فَنَوْعَانِ في الْأَصْلِ نَوْعٌ هو شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ وَنَوْعٌ هو شَرْطُ التَّقَدُّمِ أَمَّا شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْوَلِيِّ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُوَلَّى عليه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ التَّصَرُّفِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْوَلِيِّ فَأَنْوَاعٌ منها عَقْلُ الْوَلِيِّ وَمِنْهَا بُلُوغُهُ فَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِلْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ الْوِلَايَةِ لِمَا ذَكَرْنَا في وِلَايَةِ الْمِلْكِ وَلِهَذَا لم تَثْبُتْ لَهُمَا الْوِلَايَةُ على أَنْفُسِهِمَا مع أَنَّهُمَا أَقْرَبُ إلَيْهِمَا فَلَأَنْ تَثْبُتَ على غَيْرِهِمَا أَوْلَى
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَرِثُ الْخُرُوجَ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وَالْوِرَاثَةِ وَاحِدٌ وهو الْقَرَابَةُ وَكُلُّ من يَرِثُهُ يَلِي عليه وَمَنْ لَا يَرِثُهُ لَا يَلِي عليه وَهَذَا يَطَّرِدُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ خَاصَّةً وَيَنْعَكِسُ عِنْدَ الْكُلِّ فَيَخْرُجُ عليه مَسَائِلُ فَنَقُولُ لَا وِلَايَةَ لِلْمَمْلُوكِ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَلِأَنَّ الْمَمْلُوكَ ليس من أَهْلِ الْوِلَايَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له على نَفْسِهِ وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ تنبىء عن الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّخْصُ الْوَاحِدُ كَيْفَ يَكُونُ مَالِكًا وَمَمْلُوكًا في زَمَانٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ هذه وِلَايَةُ نَظَرٍ وَمَصْلَحَةٍ وَمَصَالِحُ النِّكَاحِ لَا يُتَوَقَّفُ عليها إلَّا بِالتَّأَمُّلِ وَالتَّدَبُّرِ وَالْمَمْلُوكُ لِاشْتِغَالِهِ بِخِدْمَةِ مَوْلَاهُ لَا يَتَفَرَّغُ لِلتَّأَمُّلِ وَالتَّدَبُّرِ فَلَا يَعْرِفُ كَوْنَ إنْكَاحِهِ مَصْلَحَةً وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
وَلَا وِلَايَةَ لِلْمُرْتَدِّ على أَحَدٍ لَا على مُسْلِمٍ وَلَا على كَافِرٍ وَلَا على مُرْتَدٍّ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَلِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له على نَفْسِهِ حتى لَا يَجُوزَ نِكَاحُهُ أَحَدًا لَا مُسْلِمًا وَلَا كَافِرًا وَلَا مُرْتَدًّا مثله فَلَا يَكُونُ له وِلَايَةٌ على غَيْرِهِ وَلَا وِلَايَةَ لِلْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شيئا وَلِأَنَّ الْكَافِرَ ليس من أَهْلِ الْوِلَايَةِ على الْمُسْلِمِ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَطَعَ وِلَايَةَ الْكَافِرِ على الْمُسْلِمِينَ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } وقال صلى اللَّهُ عليه وسلم الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى
وَلِأَنَّ اثبات الْوِلَايَةِ لِلْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ تُشْعِرُ بِإِذْلَالِ الْمُسْلِمِ من جِهَةِ الْكَافِرِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا صِينَتْ الْمُسْلِمَةُ عن نِكَاحِ الْكَافِرِ
وَكَذَلِكَ ان كان الْوَلِيُّ مُسْلِمًا وَالْمُوَلَّى عليه كَافِرًا فَلَا وِلَايَةَ له عليه لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ كما أَنَّ الْكَافِرَ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمَ
قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يَرِثُ الْمُؤْمِنُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُؤْمِنَ إلَّا أَنَّ وَلَدَ الْمُرْتَدِّ إذَا كان مُؤْمِنًا صَارَ مَخْصُوصًا عن النَّصِّ
وَأَمَّا اسلام الولى فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ في الْجُمْلَةِ فَيَلِي الْكَافِرُ على الْكَافِرِ لِأَنَّ الْكُفْرَ لَا يَقْدَحُ في الشَّفَقَةِ الْبَاعِثَةِ عن تَحْصِيلِ النَّظَرِ في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه وَلَا في الْوِرَاثَةِ فإن الْكَافِرَ يَرِثُ الْكَافِرَ وَلِهَذَا كان من أَهْلِ الْوِلَايَةِ على نَفْسِهِ فَكَذَا على غَيْرِهِ
وقال الله عز وجل { والذين (((الذين))) كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ }
وَكَذَا الْعَدَالَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَلِلْفَاسِقِ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ الصَّغِيرَيْنِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ وَلَيْسَ لِلْفَاسِقِ وِلَايَةُ التَّزْوِيجِ وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَالْمُرْشِدُ بِمَعْنَى الرَّشِيدِ كَالْمُصْلِحِ بِمَعْنَى الصَّالِحِ وَالْفَاسِقُ ليس بِرَشِيدٍ وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ من بَابِ الْكَرَامَةِ وَالْفِسْقُ سَبَبُ الْإِهَانَةِ وَلِهَذَا لم أَقْبَلْ شَهَادَتَهُ
وَلَنَا عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ }
وَقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم زَوِّجُوا بَنَاتِكُمْ الْأَكْفَاءَ من غَيْرِ فَصْلٍ
وَلَنَا إجْمَاعُ الْأُمَّةِ أَيْضًا فإن الناس عن آخِرِهِمْ عَامَّهُمْ وَخَاصَّهُمْ من لَدُنْ رسول

اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إلَى يَوْمِنَا هذا يُزَوِّجُونَ بَنَاتَهمْ من غَيْرِ نَكِيرٍ من أَحَدٍ خُصُوصًا الْأَعْرَابُ وَالْأَكْرَادُ وَالْأَتْرَاكُ
وَلِأَنَّ هذه وِلَايَةُ نَظَرٍ وَالْفِسْقُ لَا يَقْدَحُ في الْقُدْرَةِ على تَحْصِيلِ النَّظَرِ وَلَا في الدَّاعِي إلَيْهِ وهو الشَّفَقَةُ وَكَذَا لَا يَقْدَحُ في الْوِرَاثَةِ فَلَا يَقْدَحُ في الْوِلَايَةِ كَالْعَدْلِ وَلِأَنَّ الْفَاسِقَ من أَهْلِ الْوِلَايَةِ على نَفْسِهِ فَيَكُونُ من أَهْلِ الْوِلَايَةِ على غَيْرِهِ كَالْعَدْلِ وَلِهَذَا قَبِلْنَا شَهَادَتَهُ وَلِأَنَّهُ من أَهْلِ أَحَدِ نَوْعَيِّ الْوِلَايَةِ وهو وِلَايَةُ الْمِلْكِ حتى يُزَوِّجَ أَمَتَهُ فَيَكُونُ من أَهْلِ النَّوْعِ الْآخَرِ وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ قِيلَ إنه لم يَثْبُتْ بِدُونِ هذه الزِّيَادَةِ فَكَيْفَ يَثْبُتُ مع الزِّيَادَةِ وَلَوْ ثَبَتَ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِ وَالْفَاسِقُ مُرْشِدٌ لِأَنَّهُ يُرْشِدُ غَيْرَهُ لِوُجُودِ آلَةِ الْإِرْشَادِ وهو الْعَقْلُ فَكَانَ هذا نَفْيُ

(2/239)

الْوِلَايَةِ لِلْمَجْنُونِ وَبِهِ نَقُولُ إنَّ الْمَجْنُونَ لَا يَصْلُحُ وَلِيًّا وَالْمَحْدُودُ في الْقَذْفِ إذَا تَابَ فَلَهُ وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ إذَا تَابَ فَقَدْ صَارَ عَدْلًا وَإِنْ لم يَتُبْ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ
وَأَمَّا كَوْنُ الْمَوْلَى من الْعَصَبَاتِ فَهَلْ هو شَرْطُ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ أَمْ لَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ لَا خِلَافَ في أَنَّ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ إلَّا شَيْءٌ يُحْكَى عن عُثْمَانَ الْبَتِّيِّ وَابْنِ شُبْرُمَةَ أَنَّهُمَا قَالَا ليس لَهُمَا وِلَايَةُ التَّزْوِيجِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن حُكْمَ النِّكَاحِ إذَا ثَبَتَ لَا يَقْتَصِرُ على حَالِ الصِّغَرِ بَلْ يَدُومُ وَيَبْقَى إلَى ما بَعْدَ الْبُلُوغِ إلَى أَنْ يُوجَدَ ما يُبْطِلُهُ وفي هذا ثُبُوتُ الْوِلَايَةِ على الْبَالِغَةِ وَلِأَنَّهُ اسْتَبَدَّ أو كَأَنَّهُ أَنْشَأَ الْإِنْكَاحَ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } والايم اسْمٌ لِأُنْثَى من بَنَاتِ آدَمَ عليه الصلام وَالسَّلَامُ كَبِيرَةً كانت أو صَغِيرَةً لَا زَوْجَ لها وَكَلِمَةُ (من) إنْ كانت لِلتَّبْعِيضِ يَكُونُ هذا خِطَابًا لِلْآبَاءِ وَإِنْ كانت لِلتَّجْنِيسِ يَكُونُ خِطَابًا لِجِنْسِ الْمُؤْمِنِينَ وَعُمُومُ الْخِطَابِ يَتَنَاوَلُ الْأَبَ وَالْجَدَّ وَأَنْكَحَ الصِّدِّيقُ رضي اللَّهُ عنه عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَتَزَوَّجَهَا رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم
وَزَوَّجَ عَلِيٌّ ابْنَتَهُ أُمَّ كُلْثُومَ وَهِيَ صَغِيرَةٌ من عُمَرَ بن الْخَطَّاب رضي اللَّهُ عنه وَزَوَّجَ عبد اللَّهِ بن عُمَرَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عُرْوَةَ بن الزُّبَيْرِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ قَوْلَهُمَا خَرَجَ مُخَالِفًا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ وكان مَرْدُودًا
وَأَمَّا قَوْلُهُمَا أن حُكْمَ النِّكَاحِ بَقِيَ بَعْدَ الْبُلُوغِ فَنَعَمْ وَلَكِنْ بِالْإِنْكَاحِ السَّابِقِ لَا بِإِنْكَاحٍ مُبْتَدَأٍ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَهَذَا جَائِزٌ كما في الْبَيْعِ فإن لَهُمَا وِلَايَةَ بَيْعِ مَالِ الصَّغِيرِ وَإِنْ كان حُكْمُ الْبَيْعِ وهو الْمِلْكُ يَبْقَى بَعْدَ الْبُلُوغِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَلِلْأَبِ قَبْضُ صَدَاقِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ صَغِيرَةً كانت أو بالغه وَيَبْرَأُ الزَّوْجُ بِقَبْضِهِ أَمَّا الصَّغِيرَةُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّ له وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في مَالِهَا
وَأَمَّا الْبَالِغَةُ فَلِأَنَّهَا تَسْتَحِي من الْمُطَالَبَةِ بِهِ بِنَفْسِهَا كما تَسْتَحِي عن التَّكَلُّمِ بِالنِّكَاحِ فَجُعِلَ سُكُوتُهَا رِضًا بِقَبْضِ الْأَبِ كما جُعِلَ رِضًا بِالنِّكَاحِ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أنها تَرْضَى بِقَبْضِ الْأَبِ لِأَنَّهُ يَقْبِضُ مَهْرَهَا فَيَضُمُّ إلَيْهِ أَمْثَالَهُ فَيُجَهِّزُهَا بِهِ هذا هو الظَّاهِرُ فَكَانَ مَأْذُونًا بِالْقَبْضِ من جِهَتِهَا دَلَالَةً حتى لو نَهَتْهُ عن الْقَبْضِ لَا يَتَمَلَّكُ

الْقَبْضَ وَلَا يَبْرَأُ الزَّوْجُ وَكَذَا الْجَدُّ يَقُومُ مَقَامَهُ عِنْدَ عَدَمِهِ
وَإِنْ كانت ابْنَتُهُ عَاقِلَةً وَهِيَ ثَيِّبٌ فَالْقَبْضُ إلَيْهَا لَا إلَى الْأَبِ وَيَبْرَأُ الزَّوْجُ بِدَفْعِهِ إلَيْهَا وَلَا يَبْرَأُ بِالدَّفْعِ إلَى الْأَبِ وما سِوَى الْأَبِ وَالْجَدِّ من الْأَوْلِيَاءِ ليس لهم وِلَايَةُ الْقَبْضِ سَوَاءً كانت صَغِيرَةً أو كَبِيرَةً إلَّا إذَا كان الْوَلِيَّ وهو الْوَصِيَّ فَلَهُ حَقُّ الْقَبْضِ إذَا كانت صَغِيرَةً كما يَقْبِضُ سَائِرَ دُيُونِهَا وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ حَقُّ الْقَبْضِ إلَّا إذَا كانت صَغِيرَةً
وإذا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إذَا ضَمِنَ عن الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ في مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا أو وَلِيِّهَا لِوُجُودِ ثُبُوتِ سَبَبِ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو الْعَقْدُ من الزَّوْجِ وَالضَّمَانُ من الْوَلِيِّ وَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا في أَنَّ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ من الْعَصَبَاتِ وِلَايَةُ الانكاح وَالْأَقْرَبُ فالأقرب (((فالأقرب))) على تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ في الْمِيرَاثِ وَاخْتَلَفُوا في غَيْرِ الْعَصَبَاتِ
قال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ إنْكَاحُهُ حتى لو لم يَتَوَارَثَا بِذَلِكَ النِّكَاحِ وَيَقِفُ على إجَازَةِ الْعَصَبَةِ
وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ فيه رِوَايَتَانِ وَهَذَا يَرْجِعُ إلَى ما ذَكَرْنَا أَنَّ عُصُوبَةَ الْوَلِيِّ هل هِيَ شَرْطٌ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ مع اتِّفَاقِهِمْ على أنها شَرْطُ التَّقْدِيمِ فَعِنْدَهُمَا هِيَ شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ وَهِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عن أبي حَنِيفَةَ فإنه روي عنه أَنَّهُ قال لَا يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ إلَّا الْعَصَبَةُ
وَرَوَى أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عن أبي حَنِيفَةَ أنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطُ التَّقَدُّمِ على قَرَابَةِ الرَّحِمِ حتى أَنَّهُ إذَا كان هُنَاكَ عَصَبَةٌ لَا تَثْبُتُ لِغَيْرِ الْعَصَبَةِ وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ وَإِنْ لم يَكُنْ ثَمَّةَ عَصَبَةٍ فَلِغَيْرِ الْعَصَبَةِ من الْقَرَابَاتِ من الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ نحو الْأُمِّ وَالْأُخْتِ وَالْخَالَةِ وِلَايَةُ التَّزْوِيجِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ إذَا كان الْمُزَوِّجُ مِمَّنْ يَرِثُ الْمُزَوَّجَ وهو الرِّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ عن أبي حَنِيفَةَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ما رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال النِّكَاحُ إلَى الْعَصَبَاتِ فَوَّضَ كُلَّ نِكَاحٍ إلَى كُلِّ عَصَبَةٍ لِأَنَّهُ قَابَلَ الْجِنْسَ بِالْجِنْسِ أو بِالْجَمْعِ فَيَقْتَضِي مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ بِالْفَرْدِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الْوِلَايَةِ هُمْ الْعَصَبَاتُ فَإِنْ كان الرَّأْيُ وَتَدْبِيرُ الْقَبِيلَةِ وَصِيَانَتُهَا عَمَّا يُوجِبُ الْعَارَ وَالشَّيْنَ إلَيْهِمْ فَكَانُوا هُمْ الَّذِينَ يَحْرُزُونَ عن ذلك بِالنَّظَرِ وَالتَّأَمُّلِ في أَمْرِ النِّكَاحِ فَكَانُوا هُمْ الْمُحِقِّينَ بِالْوِلَايَةِ وَلِهَذَا كانت قَرَابَةُ التَّعْصِيبِ مُقَدَّمَةً على قَرَابَةِ الرَّحِمِ بِالْإِجْمَاعِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عُمُومُ قَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ }

من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْعَصَبَاتِ وَغَيْرِهِمْ فَتَثْبُتُ وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ على الْعُمُومِ إلَّا من خُصَّ بِدَلِيلٍ لِأن سَبَبَ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ هو مُطْلَقُ الْقَرَابَةِ وَذَاتُهَا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْقَرَابَةَ حَامِلَةٌ على الشَّفَقَةِ في حَقِّ الْقَرِيبِ دَاعِيَةٌ إلَيْهَا وقد وُجِدَ هَهُنَا فَوُجِدَ السَّبَبُ وَوُجِدَ شَرْطُ الثُّبُوتِ أَيْضًا وهو عَجْزُ الْمُوَلَّى عليه عن الْمُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا الْعُصُوبَةُ وَقُرْبُ الْقَرَابَةِ شَرْطُ التَّقَدُّمِ لَا شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ فَلَا جَرَمَ الْعُصْبَةُ تَتَقَدَّمُ على ذِي الرَّحِمِ وَالْأَقْرَبُ من غَيْرِ الْعَصَبَةِ يَتَقَدَّمُ على الْأَبْعَدِ وَلِأَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ مُرَتَّبَةٌ على اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ لِاتِّحَادِ سَبَبِ ثُبُوتِهَا

وهو الْقَرَابَةُ فَكُلُّ من اسْتَحَقَّ من الْمِيرَاثِ اسْتَحَقَّ الْوِلَايَةَ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَبَ إذَا كان عَبْدًا لَا وِلَايَةَ له لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَكَذَا إذَا كان كَافِرًا وَالْمُوَلَّى عليه مُسْلِمٌ لَا وِلَايَةَ له لِأَنَّهُ لَا يَرِثُهُ وَكَذَا إذَا كان مُسْلِمًا وَالْمُوَلَّى عليه كَافِرٌ لَا وِلَايَةَ له لِأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ له منه
فَثَبَتَ أَنَّ الْوِلَايَةَ تَدُورُ مع اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ فَثَبَتَ لِكُلِّ قَرِيبٍ يَرِثُ يُزَوِّجُ وَلَا يَلْزَمُ على هذه الْقَاعِدَةِ الْمَوْلَى أَنَّهُ يُزَوِّجُ وَلَا يَرِثُ
وَكَذَا الْإِمَامُ يُزَوِّجُ وَلَا يَرِثُ لِأَنَّ هذا عَكْسُ الْعِلَّةِ لِأَنَّ طَرْدَ ما قُلْنَا أن كُلَّ من يَرِثُ يُزَوِّجُ
وَهَذَا مُطَّرِدٌ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ عكسه (((وعكسه))) أَنَّ كُلَّ من لَا يَرِثُ لَا يُزَوِّجُ
وَالشَّرْطُ في الْعِلَلِ الشَّرْعِيَّةِ الإطراد دُونَ الِانْعِكَاسِ لِجَوَازِ إثْبَاتِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ بِعِلَلٍ ثُمَّ نَقُولُ ما قُلْنَاهُ مُنْعَكِسٌ أَيْضًا أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْمَوْلَى الْوَلَاءُ في مَمْلُوكِهِ وهو نَوْعُ إرْثٍ
وَأَمَّا الْإِمَامُ فَهُوَ نَائِبٌ عن جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَهُمْ يَرِثُونَ من لَا وَلِيَّ له من جِهَةِ الْمِلْكِ وَالْقَرَابَةِ وَالْوَلَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ وَبَيْتُ الْمَالِ ما لهم فَكَانَتْ الْوِلَايَةُ في الْحَقِيقَةِ لهم وَإِنَّمَا الْإِمَامُ نَائِبٌ عَنْهُمْ فَيَتَزَوَّجُونَ وَيَرِثُونَ أَيْضًا فَاطَّرَدَ هذا الْأَصْلُ وَانْعَكَسَ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى
وَأَمَّا قَوْلُ عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه النِّكَاحُ إلَى الْعَصَبَاتِ فَالْمُرَادُ منه حَالَ وُجُودِ الْعَصَبَةِ لِاسْتِحَالَةِ تَفْوِيضِ النِّكَاحِ إلَى الْعَصَبَةِ وَلَا عَصَبَةَ وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ إنَّ النِّكَاحَ إلَى الْعَصَبَاتِ حَالَ وُجُودِ الْعَصَبَةِ وَلَا كَلَامَ فيه وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوَلَّى عليه فَنَقُولُ الْوِلَايَةُ بِالنِّسْبَةِ إلَى الْمُوَلَّى عليه نَوْعَانِ وِلَايَةُ حَتْمٍ وَإِيجَابٍ وَوِلَايَةُ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ وَهَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَهِيَ نَوْعَانِ أَيْضًا وِلَايَةُ اسْتِبْدَادٍ وَوِلَايَةُ شَرِكَةٍ وَهِيَ قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْآخَرُ وَكَذَا نَقُولُ الشَّافِعِيِّ إلَّا أَنَّ بَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ في كَيْفِيَّةِ الشَّرِكَةِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ
وَأَمَّا وِلَايَةُ الْحَتْمِ وَالْإِيجَابِ وَالِاسْتِبْدَادِ فَشَرْطُ ثُبُوتِهَا على أَصْلِ أَصْحَابِنَا كَوْنُ الْمُوَلَّى عليه صَغِيرًا أو صَغِيرَةً أو مَجْنُونًا كَبِيرًا أو مَجْنُونَةً كَبِيرَةً سَوَاءً كانت الصَّغِيرَةُ بِكْرًا أو ثَيِّبًا فَلَا تَثْبُتُ هذه الْوِلَايَةُ على الْبَالِغِ الْعَاقِلِ وَلَا على الْعَاقِلَةِ الْبَالِغَةِ وَعَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ شَرْطُ ثُبُوتِ وِلَايَةِ الِاسْتِبْدَادِ في الْغُلَامِ هو الصِّغَرُ وفي الْجَارِيَةِ الْبَكَارَةُ سَوَاءً كانت صَغِيرَةً أو بَالِغَةً فَلَا تَثْبُتُ هذه الْوِلَايَةُ عِنْدَهُ على الثَّيِّبِ سَوَاءً كانت بَالِغَةً أو صَغِيرَةً وَالْأَصْلُ أَنَّ هذه الْوِلَايَةَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا تَدُورُ مع الصِّغَرِ وُجُودًا وَعَدَمًا في الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَعِنْدَهُ في الصَّغِيرِ كَذَلِكَ أَمَّا في الصَّغِيرَةِ فَإِنَّهَا تَدُورُ مع الْبَكَارَةِ وُجُودًا وَعَدَمًا وفي الْكَبِيرِ وَالْكَبِيرَةِ تَدُورُ مع الْجُنُونِ وُجُودًا وَعَدَمًا سَوَاءً كان الْجُنُونُ أَصْلِيًّا بِأَنْ بَلَغَ مَجْنُونًا أو عَارِضًا بِأَنْ طَرَأَ بَعْدَ الْبُلُوغِ عِنْدَنَا
وقال زُفَرُ إذَا طَرَأَ الْجُنُونُ لم يَجُزْ للمولي التَّزْوِيجُ وَعَلَى هذا يبتني أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ لَا يَمْلِكَانِ إنْكَاحَ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ يَمْلِكَانِهِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ إنْكَاحَ الثَّيِّبِ الْبَالِغَةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْبِكْرَ وَإِنْ كان عَاقِلَةً بَالِغَةً فَلَا تَعْلَمُ بِمَصَالِحِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الْعِلْمَ بها يَقِفُ على التَّجْرِبَةِ

وَالْمُمَارَسَةِ وَذَلِكَ بِالثِّيَابَةِ ولم تُوجَدْ فَالْتَحَقَتْ بِالْبِكْرِ الصَّغِيرَةِ فَبَقِيَتْ وِلَايَةُ الِاسْتِبْدَادِ عليها وَلِهَذَا مَلَكَ الْأَبُ قَبْضَ صَدَاقِهَا من غَيْرِ رِضَاهَا بِخِلَافِ الثَّيِّبِ الْبَالِغَةِ لِأَنَّهَا عَلِمَتْ بِمَصَالِحِ النِّكَاحِ وَبِالْمُمَارَسَةِ وَمُصَاحَبَةِ الرِّجَالِ فَانْقَطَعَتْ وِلَايَةُ الِاسْتِبْدَادِ عنها

وَلَنَا أَنَّ الثَّيِّبَ الْبَالِغَةَ لَا تُزَوَّجُ إلَّا بِرِضَاهَا فَكَذَا الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا طَرِيقُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلُ

وَالثَّانِي طَرِيقُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرُ

أَمَّا طَرِيقُ أبي حَنِيفَةَ فَهُوَ أَنَّ وِلَايَةَ الْحَتْمِ وَالْإِيجَابِ في حَالَةِ الصِّغَرِ إنَّمَا تَثْبُتُ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عن الصَّغِيرَةِ لِعَجْزِهَا عن التَّصَرُّفِ على وَجْهِ النَّظَرِ وَالْمَصْلَحَةِ بِنَفْسِهَا وَبِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ زَالَ الْعَجْزُ وَثَبَتَتْ الْقُدْرَةُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا صَارَتْ من أَهْلِ الْخِطَابِ في أَحْكَامِ الشَّرْعِ إلَّا أنها مع قُدْرَتِهَا حَقِيقَةً عَاجِزَةٌ عن مُبَاشَرَةِ النِّكَاحِ عَجْزَ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إلَى الْخُرُوجِ إلَى مَحَافِلِ الرِّجَالِ وَالْمَرْأَةُ مُخَدَّرَةٌ مَسْتُورَةٌ وَالْخُرُوجُ إلَى مَحْفِلِ الرِّجَالِ من النِّسَاءِ عَيْبٌ في الْعَادَةِ فَكَانَ عَجْزُهَا عَجْزَ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ لَا حَقِيقَةٍ فَثَبَتَتْ الْوِلَايَةُ عليها على حَسَبِ الْعَجْزِ وَهِيَ وِلَايَةُ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ لَا وِلَايَةَ حَتْمٍ وَإِيجَابٍ إثْبَاتًا لِلْحُكْمِ على قَدْرِ الْعِلَّةِ

وَأَمَّا طَرِيقُ مُحَمَّدٍ فَهُوَ أَنَّ الثَّابِتَ بَعْدَ الْبُلُوغِ وِلَايَةُ الشَّرِكَةِ لَا وِلَايَةُ الِاسْتِبْدَادِ فَلَا بُدَّ من الرِّضَا كما في الثَّيِّبِ الْبَالِغَةِ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَسْأَلَةِ النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَإِنَّمَا مَلَكَ الْأَبُ قَبْضَ صَدَاقِهَا لِوُجُودِ الرِّضَا بِذَلِكَ منها دَلَالَةً لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْأَبَ يَضُمُّ إلَى الصَّدَاقِ من خَالِصِ مَالِهِ وَيُجَهِّزُ بِنْتَهِ الْبِكْرَ حتى لو نَهَتْهُ عن الْقَبْضِ لَا يَمْلِكُ بِخِلَافِ الثَّيِّبِ فإن الْعَادَةَ ما جَرَتْ بِتَكْرَارِ الْجِهَازِ وإذا كان الرِّضَا في نِكَاحِ الْبَالِغَةِ شَرْطَ الْجَوَازِ فإذا زُوِّجَتْ بِغَيْرِ إذْنِهَا تَوَقَّفَ التَّزْوِيجُ على رِضَاهَا فَإِنْ رَضِيَتْ جَازَ وَإِنْ رَدَّتْ بَطَلَ ثُمَّ إنْ كانت ثَيِّبًا فَرِضَاهَا يُعْرَفُ بِالْقَوْلِ تَارَةً وَبِالْفِعْلِ أُخْرَى

أَمَّا الْقَوْلُ فَهُوَ التَّنْصِيصُ على الرِّضَا وما يَجْرِي مَجْرَاهُ نحو أَنْ تَقُولَ رَضِيت أو أَجَزْت وَنَحْوَ ذلك

وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم الثَّيِّبُ تُشَاوَرُ وَقَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم الثَّيِّبُ يُعْرِبُ عنها لِسَانُهَا وَقَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ في أَبْضَاعِهِنَّ

وَقَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ حتى تُسْتَأْمَرَ وَالْمُرَادُ منه الْبَالِغَةُ وَأَمَّا الْفِعْلُ فَنَحْوُ التَّمْكِينِ من نَفْسِهَا وَالْمُطَالَبَةِ بِالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ ذلك دَلِيلُ الرِّضَا وَالرِّضَا يَثْبُتُ بِالنَّصِّ مَرَّةً وَبِالدَّلِيلِ أُخْرَى

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لِبَرِيرَةَ إنْ وَطِئَك زَوْجُك فَلَا خِيَارَ لك وَإِنْ كانت بِكْرًا فإن رِضَاهَا يُعْرَفُ بِهَذَيْنِ الطَّرِيقَيْنِ وَبِثَالِثٍ وهو السُّكُوتُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ سُكُوتُهَا رِضًا وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ السُّكُوتَ يَحْتَمِلُ الرِّضَا وَيَحْتَمِلُ السَّخَطَ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلُ الرِّضَا مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ وَلِهَذَا لم يُجْعَلْ دَلِيلًا إذَا كان الْمُزَوِّجُ أَجْنَبِيًّا أو وَلِيًّا غَيْرُهُ أَوْلَى منه

وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ في أَبْضَاعِهِنَّ فقالت عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها أن الْبِكْرَ تَسْتَحِي يا رَسُولَ اللَّهِ فقال صلى اللَّهُ عليه وسلم إذْنُهَا صُمَاتُهَا وروى سُكُوتُهَا رِضَاهَا وروى سُكُوتُهَا إقْرَارُهَا وَكُلُّ ذلك نَصٌّ في الْبَابِ وَرُوِيَ الْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ في نَفْسِهَا فَإِنْ سَكَتَتْ

فَقَدْ رَضِيَتْ وَهَذَا أَيْضًا نَصٌّ وَلِأَنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي عن النُّطْقِ بِالْإِذْنِ في النِّكَاحِ لِمَا فيه من إظْهَارِ رَغْبَتِهَا في الرِّجَالِ فَتُنْسَبُ إلَى الْوَقَاحَةِ فَلَوْ لم يُجْعَلْ سُكُوتُهَا إذْنًا وَرِضًا بِالنِّكَاحِ دَلَالَةً وَشُرِطَ اسْتِنْطَاقُهَا وإنها لَا تَنْطِقُ عَادَةً لَفَاتَتْ عليها مَصَالِحُ النِّكَاحِ مع حَاجَتِهَا إلَى ذلك وهذ لَا يَجُوزُ وَقَوْلُهُ السُّكُوتُ يَحْتَمِلُ مُسَلَّمٌ لَكِنْ تَرَجَّحَ جَانِبُ الرِّضَا على جَانِبِ السَّخَطِ لِأَنَّهَا لو لم تَكُنْ رَاضِيَةً لَرَدَّتْ لِأَنَّهَا إنْ كانت تَسْتَحِي عن الأذن فَلَا تَسْتَحِي عن الرَّدِّ فلما سَكَتَتْ ولم تَرُدَّ دَلَّ أنها رَاضِيَةٌ بِخِلَافِ ما إذَا زَوَّجَهَا أَجْنَبِيٌّ أو وَلِيٌّ غَيْرُهُ أَوْلَى منه لِأَنَّ هُنَاكَ ازْدَادَ احْتِمَالُ السَّخَطِ لِأَنَّهَا يُحْتَمَلُ أنها سَكَتَتْ عن جَوَابِهِ مع أنها قَادِرَةٌ على الرَّدِّ تَحْقِيرًا له وَعَدَمَ الْمُبَالَاةِ بِكَلَامِهِ وَهَذَا أَمْرٌ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ فَبَطَلَ رُجْحَانُ دَلِيلِ الرِّضَا وَلِأَنَّهَا إنَّمَا تَسْتَحِي من الْأَوْلِيَاءِ لَا من الْأَجَانِبِ وَالْأَبْعَدُ عِنْدَ قِيَامِ الْأَقْرَبِ وَحُضُورِهِ أَجْنَبِيٌّ فَكَانَتْ في حَقِّ الْأَجَانِبِ كَالثَّيِّبِ فَلَا بُدَّ من فِعْلٍ أو قَوْلٍ يَدُلُّ عليه وَلِأَنَّ الْمُزَوِّجَ إذَا كان أَجْنَبِيًّا وإذا كان

(2/242)

الْوَلِيُّ الْأَبْعَدَ كان جَوَازُ النِّكَاحِ من طَرِيقِ الْوَكَالَةِ لَا من طَرِيقِ الْوِلَايَةِ لِانْعِدَامِهَا وَالْوَكَالَةُ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِالْقَوْلِ وإذا كان وَلِيًّا فَالْجَوَازُ بِطَرِيقِ الْوِلَايَةِ فَلَا يُفْتَقَرُ إلَى الْقَوْلِ وَلَوْ بَلَغَهَا النِّكَاحُ فَضَحِكَتْ كان إجَازَةً لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إنَّمَا يَضْحَكُ مِمَّا يَسُرُّهُ فَكَانَ دَلِيلَ الرِّضَا وَلَوْ بَكَتْ روى عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَكُونُ إجَازَةً وَرُوِيَ عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَكُونُ إجَازَةً بَلْ يَكُونُ زدا (((ردا))) وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْبُكَاءَ قد يَكُونُ لِلْحُزْنِ وقد يَكُونُ لِشِدَّةِ الْفَرَحِ فَلَا يُجْعَلُ رَدًّا وَلَا إجَازَةً لِلتَّعَارُضِ فَصَارَ كَأَنَّهَا سَكَتَتْ فَكَانَ رِضًا

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبُكَاءَ لَا يَكُونُ إلَّا من حُزْنٍ عَادَةً فَكَانَ دَلِيلَ السَّخَطِ وَالْكَرَاهَةِ لَا دَلِيلَ الْإِذْنِ وَالْإِجَازَةِ وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ كُلُّ مِنْهُمَا رَجُلًا فَبَلَغَهَا ذلك فَإِنْ أَجَازَتْ أَحَدَ الْعَقْدَيْنِ جَازَ الذي أَجَازَتْهُ وَبَطَلَ الْآخَرُ وَإِنْ أَجَازَتْهُمَا بَطَلَا لِأَنَّ الْإِجَازَةَ منها بِمَنْزِلَةِ الْإِنْشَاءِ كَأَنَّهَا تَزَوَّجَتْ بِزَوْجَيْنِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَذَا هذا

وَإِنْ سَكَتَتْ روى عن مُحَمَّدٍ أَنَّ ذلك لَا يَكُونُ رَدًّا وَلَا إجَازَةً حتى تُجِيزَ أَحَدَهُمَا بِالْقَوْلِ أو بِفِعْلٍ يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ وَرُوِيَ عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أنها إذَا سَكَتَتْ بَطَلَ الْعَقْدَانِ جميعا

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ السُّكُوتَ من الْبِكْرِ كَالْإِجَازَةِ فَكَأَنَّهَا أَجَازَتْ الْعَقْدَيْنِ جميعا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ هذا السُّكُوتَ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ إجَازَةً لِأَنَّهُ لو جُعِلَ إجَازَةً فَإِمَّا أَنْ يُجْعَلَ إجَازَةً لِلْعَقْدَيْنِ جميعا وَإِمَّا أَنْ يُجْعَلَ إجَازَةً لِأَحَدِهِمَا لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ إنْشَاءَ الْعَقْدَيْنِ جميعا مُمْتَنِعٌ فَامْتَنَعَتْ إجَازَتُهُمَا وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ ليس أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ بِأَوْلَى بِالْإِجَازَةِ من الْآخَرِ فَالْتَحَقَ السُّكُوتُ بِالْعَدَمِ وَوَقَفَ الْأَمْرُ على الْإِجَازَةِ بِقَوْلٍ أو بِفِعْلٍ يَدُلُّ على الْإِجَازَةِ لِأَحَدِهِمَا وَكَذَلِكَ إذَا اُسْتُؤْمِرَتْ الْبِكْرُ فَسَكَتَتْ في الإبتداء فَهُوَ إذْنٌ إذَا كان الْمُسْتَأْذِنُ وَلِيًّا لِمَا ذَكَرْنَا وَلِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ كان إذَا خُطِبَ إحْدَى بَنَاتِهِ دَنَا من خِدْرِهَا وقال إنَّ فُلَانًا يَذْكُرُ فُلَانَةَ ثُمَّ يُزَوِّجُهَا

فَدَلَّ أَنَّ السُّكُوتَ عِنْدَ اسْتِئْمَارِ الْوَلِيِّ إذْنٌ دَلَالَةً
وَقَالُوا في الْوَلِيِّ إذَا قال لِلْبِكْرِ إنِّي أُرِيدُ أَنْ أُزَوِّجَك فُلَانًا فقالت غَيْرُهُ أَوْلَى منه لم يَكُنْ ذلك إذْنًا وَلَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ أَخْبَرَهَا فقالت قد كان غَيْرُهُ أَوْلَى منه كان إجَازَةً لِأَنَّ قَوْلَهَا في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ إظْهَارُ عَدَمِ الرِّضَا بِالتَّزْوِيجِ من فُلَانٍ وَقَوْلَهَا في الْفَصْلِ الثَّانِي قَبُولٌ أو سُكُوتٌ عن الرَّدِّ وَسُكُوتُ الْبِكْرِ عن الرَّدِّ يَكُونُ رِضًا
وَلَوْ قال الْوَلِيُّ أُرِيدُ أَنْ أُزَوِّجَكِ من رَجُلٍ ولم يُسَمِّهِ فَسَكَتَتْ لم يَكُنْ رِضًا كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ بِدُونِ الْعِلْمِ بِهِ لَا يَتَحَقَّقُ
وَلَوْ قال أُزَوِّجُكِ فُلَانًا أو فُلَانًا حتى عَدَّ جَمَاعَةً فَسَكَتَتْ فَمِنْ أَيِّهِمْ زَوَّجَهَا جَازَ وَلَوْ سَمَّى لها الْجَمَاعَةَ مُجَمِّلًا بِأَنْ قال أُرِيدُ أَنْ أُزَوِّجَك من جِيرَانِي أو من بَنِي عَمِّي فَسَكَتَتْ فَإِنْ كَانُوا يُحْصَوْنَ فَهُوَ رِضًا وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ لم يَكُنْ رِضًا لِأَنَّهُمْ إذَا كَانُوا يُحْصَوْنَ يُعْلَمُونَ فَيَتَعَلَّقُ الرِّضَا بِهِمْ وإذا لم يُحْصَوْا لم يُعْلَمُوا فَلَا يُتَصَوَّرُ الرِّضَا لِأَنَّ الرِّضَا بِغَيْرِ الْمَعْلُومِ مُحَالٌ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ
وَذُكِرَ في الْفَتَاوَى أَنَّ الْوَلِيَّ إذَا سَمَّى الزَّوْجَ ولم يُسَمِّ الْمَهْرَ أَنَّهُ كَمْ هو فَسَكَتَتْ فَسُكُوتُهَا لَا يَكُونُ رِضًا لِأَنَّ تَمَامَ الرِّضَا لَا يَثْبُتُ إلَّا بِذِكْرِ الزَّوْجِ وَالْمَهْرِ ثُمَّ الْإِجَازَةُ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ لَا تَثْبُتُ إلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ قبل الْعِلْمِ بِهِ لَا يُتَصَوَّرُ
وإذا زَوَّجَ الثَّيِّبَ الْبَالِغَةَ وَلِيٌّ فقالت لم أَرْضَ ولم آذَنْ وقال الزَّوْجُ قد أَذِنَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عليها حُدُوثَ أَمْرٍ لم يَكُنْ وهو الْإِذْنُ وَالرِّضَا وَهِيَ تُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا
وَأَمَّا الْبِكْرُ إذَا تَزَوَّجَتْ فقال الزَّوْجُ بَلَغَك الْعَقْدُ فسكتت (((فسكت))) فقالت رَدَدْت فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ
وقال زُفَرُ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْمَرْأَةَ تدعى أَمْرًا حَادِثًا وهو الرَّدُّ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُ الْقَوْلَ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ
وَلَنَا أَنَّ الْمَرْأَةَ وَإِنْ كانت مُدَّعِيَةً ظَاهِرًا فَهِيَ مُنْكِرَةٌ في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عليها جَوَازَ الْعَقْدِ بِالسُّكُوتِ وَهِيَ تُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا كَالْمُودَعِ إذَا قال رَدَدْت الْوَدِيعَةَ كان الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ كان مُدَّعِيًا لِرَدٍّ ظَاهِرٍ لِكَوْنِهِ مُنْكِرًا لِلضَّمَانِ حَقِيقَةً كَذَا هذا
ثُمَّ في هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ لَا يَمِينَ عليها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا عليها الْيَمِينُ وهو الْخِلَافُ الْمَعْرُوفُ أَنَّ الِاسْتِحْسَانَ الْمَعْرُوفَ لَا يَجْرِي في الْأَشْيَاءِ

السِّتَّةِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجْرِي
وَالْمَسْأَلَةُ تُذْكَرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في كِتَابِ الدَّعْوَى
ثُمَّ إذَا اخْتَلَفَ الْحُكْمُ في الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ وَالثَّيِّبِ الْبَالِغَةِ في الْجُمْلَةِ حتى جُعِلَ السُّكُوتُ رِضًا من الْبِكْرِ دُونَ الثَّيِّبِ وَلِلْأَبِ وِلَايَةُ قَبْضِ صَدَاقِ الْبِكْرِ بِغَيْرِ إذْنِهَا إلَّا إذَا نَهَتْهُ نَصًّا وَلَيْسَ له وِلَايَةُ قَبْضِ مَهْرِ الثَّيِّبِ إلَّا بِإِذْنِهَا فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ الْبَكَارَةِ وَالثِّيَابَةِ في الْحُكْمِ لَا في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْبَكَارَةِ بَقَاءُ الْعُذْرَةِ وَحَقِيقَةَ الثِّيَابَةِ زَوَالُ الْعُذْرَةِ

وَأَمَّا الْحُكْمُ غَيْرُ مَبْنِيٍّ على ذلك بِالْإِجْمَاعِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ كُلَّ من زَالَتْ عُذْرَتُهَا بِوَثْبَةٍ أو طَفْرَةٍ أو حَيْضَةٍ أو طُولِ التَّعْنِيسِ أنها في حُكْمِ الْأَبْكَارِ تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الْأَبْكَارُ وَلَا خِلَافَ أَيْضًا أَنَّ من زَالَتْ عُذْرَتُهَا بِوَطْءٍ يَتَعَلَّقُ بِهِ ثُبُوتُ النَّسَبِ وهو الْوَطْءُ بِعَقْدٍ جَائِزٍ أو فَاسِدٍ أو شُبْهَةِ عَقْدٍ وَجَبَ لها مَهْرٌ بِذَلِكَ الْوَطْءِ أنها تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الثَّيِّبِ

وَأَمَّا إذَا زَالَتْ عُذْرَتُهَا بِالزِّنَا فَإِنَّهَا تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الْأَبْكَارِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الثَّيِّبِ

واحتجوا (((احتجوا))) بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال الْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ في نَفْسِهَا وَالثَّيِّبُ تُشَاوَرُ

وقال صلى اللَّهُ عليه وسلم وَالثَّيِّبُ يُعْرِبُ عنها لِسَانُهَا وَهَذِهِ ثَيِّبٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الثَّيِّبَ حَقِيقَةً من زَالَتْ عُذْرَتُهَا وَهَذِهِ كَذَلِكَ فَيَجْرِي عليها أَحْكَامُ الثَّيِّبِ وَمِنْ أَحْكَامِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا بِغَيْرِ إذْنِهَا نَصًّا فَلَا يكتفي بِسُكُوتِهَا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ عِلَّةَ وَضْعِ النُّطْقِ شَرْعًا وَإِقَامَةَ السُّكُوتِ مَقَامَهُ في الْبِكْرِ هو الْحَيَاءُ وقد وُجِدَ وَدَلَالَةُ أَنَّ الْعِلَّةَ ما قُلْنَا إشَارَةُ النَّصِّ وَالْمَعْقُولُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِمَا روى عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ في أَبْضَاعِهِنَّ

فقالت عَائِشَةُ لأن (((رضي))) الْبِكْرَ تَسْتَحِي يا رَسُولَ اللَّهِ فقال صلى اللَّهُ عليه وسلم إذْنُهَا صُمَاتُهَا فَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ أَنَّ قَوْلَهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم إذْنُهَا صُمَاتُهَا خَرَجَ جَوَابًا لِقَوْلِ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أن الْبِكْرَ تَسْتَحِي أَيْ عن الْإِذْنِ بِالنِّكَاحِ نُطْقًا

وَالْجَوَابُ بِمُقْتَضَى إعَادَةِ السُّؤَالِ لِأَنَّ الْجَوَابَ لَا يَتِمُّ بِدُونِ السُّؤَالِ كَأَنَّهُ قال صلى اللَّهُ عليه وسلم إذَا كانت الْبِكْرُ تَسْتَحِي عن الْإِذْنِ بِالنِّكَاحِ نُطْقًا فَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا فَهَذَا إشَارَةٌ إلَى أَنَّ الْحَيَاءَ عِلَّةُ وَضْعِ النُّطْقِ وَقِيَامُ الصُّمَاتِ مَقَامَ الْإِذْنِ عِلَّةٌ مَنْصُوصَةٌ وَعِلَّةُ النَّصِّ لَا تَتَقَيَّدُ بِمَحِلِّ النَّصِّ كَالطَّوَافِ في الْهِرَّةِ وَنَحْوِ ذلك

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ الْحَيَاءَ في الْبِكْرِ مَانِعٌ من النُّطْقِ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ بِالنِّكَاحِ لِمَا فيه من إظْهَارِ رَغْبَتِهَا في الرِّجَالِ لِأَنَّ النِّكَاحَ سَبَبُ الْوَطْءِ وَالنَّاسُ يَسْتَقْبِحُونَ ذلك منها وَيَذِمُّونَهَا وَيَنْسُبُونَهَا إلَى الْوَقَاحَةِ وَذَلِكَ مَانِعٌ لها من النُّطْقِ بِالْإِذْنِ الصَّرِيحِ وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إلَى النِّكَاحِ فَلَوْ شُرِطَ اسْتِنْطَاقُهَا وَهِيَ لَا تَنْطِقُ عَادَةً لَفَاتَ عليها النِّكَاحُ مع حَاجَتِهَا إلَيْهِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَالْحَيَاءُ مَوْجُودٌ في حَقِّ هذه وَإِنْ كانت ثَيِّبًا حَقِيقَةً لِأَنَّ زَوَالَ بَكَارَتِهَا لم تَظْهَرْ لِلنَّاسِ فَيَسْتَقْبِحُونَ منها الْإِذْنَ بِالنِّكَاحِ صَرِيحًا وَيَعُدُّونَهُ من بَابِ الْوَقَاحَةِ وَلَا يَزُولُ ذلك ما لم يُوجَدْ النِّكَاحُ وَيَشْتَهِرُ الزِّنَا فَحِينَئِذٍ لَا يُسْتَقْبَحُ الْإِظْهَارُ بِالْإِذْنِ وَلَا يُعَدُّ عَيْبًا بَلْ الِامْتِنَاعُ عن الْإِذْنِ عِنْدَ اسْتِئْمَارِ الْوَلِيِّ يَعُدُّ رُعُونَةً منها لِحُصُولِ الْعِلْمِ لِلنَّاسِ بِظُهُورِ رَغْبَتِهَا في الرِّجَالِ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَالْمُرَادُ منه الثَّيِّبُ التي تَعَارَفَهَا الناس ثَيِّبًا لِأَنَّ مُطْلَقَ الْكَلَامِ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ بين الناس وَلِهَذَا لم تَدْخُلْ الْبِكْرُ التي زَالَتْ عُذْرَتُهَا بِالطَّفْرَةِ وَالْوَثْبَةِ وَالْحَيْضَةِ وَنَحْوِ ذلك في هذا الحديث وَإِنْ كانت ثَيِّبًا حَقِيقَةً وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ إنْكَاحُ الْأَبِ وَالْجَدِّ الثيب (((والثيب))) الصَّغِيرَةِ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إنْكَاحُهَا لِلْحَالِ وَيَتَأَخَّرُ إلَى ما بَعْدَ الْبُلُوغِ فَيُزَوِّجُهَا الْوَلِيُّ بَعْدَ الْبُلُوغِ بِإِذْنِهَا صَرِيحًا لَا بِالسُّكُوتِ

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ حتى تُسْتَأْمَرَ وَالْيَتِيمَةُ اسْمٌ لِلصَّغِيرَةِ في اللُّغَةِ وَلِأَنَّ الثِّيَابَةَ دَلِيلُ الْعِلْمِ بِمَصَالِحِ

النِّكَاحِ وَلِأَنَّ حُدُوثَهَا يَكُونُ بَعْدَ الْعَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ عَادَةً وقد حَصَلَ لها بِالتَّجْرِبَةِ وَالْمُمَارَسَةِ وَهَذَا إنْ لم يَصْلُحْ لِإِثْبَاتِ الْوِلَايَةِ لها يَصْلُحْ دَافِعًا ولِايَةَ الْوَلِيِّ عنها لِلْحَالِ وَالتَّأْخِيرِ إلَى ما بَعْدَ الْبُلُوغِ بِخِلَافِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ لِأَنَّ الْبَكَارَةَ دَلِيلُ الْجَهْلِ بِمَنَافِعِ النِّكَاحِ وَمَضَارِّهِ فَالْتَحَقَ عَقْلُهَا بِالْعَدَمِ على ما مَرَّ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ في جَانِبِ النِّسَاءِ ضَرَرٌ قَطْعًا لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَلَا مَصْلَحَةَ إلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ إلَى قَضَاءِ الشَّهْوَةِ لِأَنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ

يَقِفُ عليه ولم يُوجَدْ في الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ وَالْجَوَازُ في الْبِكْرِ ثَبَتَ بِفِعْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } وَالْأَيِّمُ اسْمٌ لِأُنْثَى لَا زَوْجَ لها كَبِيرَةً أو صَغِيرَةً فَيَقْتَضِي ثُبُوتَ الْوِلَايَةِ عَامًّا إلَّا من خُصَّ بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّ الْوِلَايَةَ كانت ثَابِتَةً قبل زَوَالِ الْبَكَارَةِ لِوُجُودِ سَبَبِ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وهو الْقَرَابَةُ الْكَامِلَةُ وَالشَّفَقَةُ الْوَافِرَةُ وَوُجُودِ شَرْطِ الثُّبُوتِ وَهِيَ حَاجَةُ الصَّغِيرَةِ إلَى النِّكَاحِ لِاسْتِيفَاءِ الْمَصَالِحِ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَعَجْزِهَا عن ذلك بِنَفْسِهَا وَقُدْرَة الْوَلِيِّ عليه وَالْعَارِضُ ليس إلَّا الثِّيَابَةُ وَأَثَرُهَا في زِيَادَةِ الْحَاجَةِ إلَى الْإِنْكَاحِ لِأَنَّهَا مَارَسَتْ الرِّجَالَ وَصَحِبَتْهُمْ وَلِلصُّحْبَةِ أَثَرٌ في الْمَيْلِ إلَى من تُعَاشِرُهُ مُعَاشَرَةً جَمِيلَةً فلما ثَبَتَتْ الْوِلَايَةُ على الْبِكْرِ الصَّغِيرَةِ فَلَأَنْ تَبْقَى على الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ أَوْلَى وَالْمُرَادُ من الحديث الْبَالِغَةُ لِمَا مَرَّ وَالْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ وَالْمَجْنُونَةُ الْكَبِيرَةُ تُزَوَّجُ كما يُزَوَّجُ الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ أَصْلِيًّا كان الْجُنُونُ أو طَارِئًا بَعْدَ الْبُلُوغِ
وقال زُفَرُ ليس لِلْوَلِيِّ أَنْ يُزَوِّجَ الْمَجْنُونَ جُنُونًا طَارِئًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ وِلَايَةَ الْوَلِيِّ قد زَالَتْ بِالْبُلُوغِ عن عَقْلٍ فَلَا تَعُودُ بَعْدَ ذلك بِطَرَيَانِ الْجُنُونِ كما لو بَلَغَ مُغْمًى عليه ثُمَّ زَالَ الْإِغْمَاءُ
وَلَنَا أَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وهو الْقَرَابَةُ وَشَرْطُهُ وهو عَجْزُ الْمُوَلَّى عليه وهو حَاجَتُهُ وفي ثُبُوتِ الْوَلَاءِ فَائِدَةٌ فتثبت (((فثبتت))) وَلِهَذَا تثبت (((ثبتت))) في الْجُنُونِ الْأَصْلِيِّ كَذَا في الطارىء وَتَثْبُتُ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في مَالِهِ كَذَا في نَفْسِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ التَّصَرُّفِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ نَافِعًا في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه لَا ضَارًّا في حَقِّهِ فَلَيْسَ لِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَالْجَدِّ أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدَ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ حُرَّةً وَلَا أَمَةً لِغَيْرِهِمَا لِأَنَّ هذا التَّصَرُّفَ ضَارٌّ في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه لِأَنَّ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ يَتَعَلَّقَانِ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ من غَيْرِ أَنْ يَحْصُلَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ في مُقَابَلَتِهِ وَالْإِضْرَارُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ الْوَلِيِّ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالتَّبَرُّعَاتِ وَكَذَا كُلُّ من يَتَصَرَّفُ على غَيْرِهِ بِالْإِذْنِ لَا يَمْلِكُ إنْكَاحَ الْعَبْدِ كَالْمُكَاتَبِ وَالشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ وَالْمَأْذُونِ لِأَنَّ إطْلَاقَ التَّصَرُّفِ لِهَؤُلَاءِ مُقَيَّدٌ بِالنَّظَرِ
وَأَمَّا تَزْوِيجُ الْأَمَةِ حُرًّا أو عَبْدًا لغيرها (((لِغيرهما))) فَيَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْجَدُّ وَالْوَصِيُّ وَالْمُكَاتَبُ وَالْمُفَاوِضُ وَالْقَاضِي وَأَمِينُ الْقَاضِي لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ لِكَوْنِهِ تَحْصِيلَ مَالٍ من غَيْرِ أَنْ يُقَابِلَهُ مَالٌ فَيَمْلِكُهُ هَؤُلَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ الْبَيْعَ

مع أَنَّهُ مُقَابَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فَهَذَا أَوْلَى فَأَمَّا شَرِيكُ الْعِنَانِ وَالْمُضَارِبُ وَالْمَأْذُونُ فَلَا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ الْأَمَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَمْلِكُونَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ هذا تَصَرُّفٌ نَافِعٌ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ لَا يُقَابِلُهُ مَالٌ فَيَمْلِكُونَهُ كَشَرِيكِ الْمُفَاوَضَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ يَخْتَصُّ بِالتِّجَارَةِ وَالنِّكَاحُ ليس من التِّجَارَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمَأْذُونَةَ لَا تُزَوِّجُ نَفْسَهَا وَلَوْ كان النِّكَاحُ تِجَارَةً لَمَلَكَتْ لِأَنَّ التِّجَارَةَ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالنِّكَاحُ مُعَاوَضَةُ الْبُضْعِ بِالْمَالِ فلم يَكُنْ تِجَارَةً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَتِهِمْ بِخِلَافِ الْمُفَاوَضِ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُخْتَصٌّ بِالنَّفْعِ لَا بِالتِّجَارَةِ وَهَذَا نَافِعٌ وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ من عبد ابْنِهِ قال أبو يُوسُفَ يَجُوزُ وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ لم يَدْخُلْ تَحْتَ وِلَايَةِ الْأَبِ فَكَانَ الْأَبُ فيه كَالْأَجْنَبِيِّ وَاحْتِمَالُ الضَّرَرِ ثَابِتٌ لِجَوَازِ أَنْ يَبِيعَ الْأَمَةَ فَيَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الصَّغِيرُ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ زَوَّجَهُ أَمَةَ الْغَيْرِ
وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الْوِلَايَةِ مَوْجُودٌ فَلَا يَمْتَنِعُ الثُّبُوتُ إلَّا لِمَكَانِ الضَّرَرِ وَهَذَا نَفْعٌ لَا مَضَرَّةَ فيه لِأَنَّ الْأَوْلَادَ له وَلَا يَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ فَكَانَ نَفْعًا مَحْضًا فَيَمْلِكُهُ
قَوْلُهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَبِيعَهُ
قُلْنَا وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَبِيعَهُ فَلَا يَجُوزُ تَعْطِيلُ الْوِلَايَةِ المخففة (((المحققة))) لِلْحَالِ لِأَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا زَوَّجَ الْأَبُ أو الْجَدُّ الصَّغِيرَةَ من كُفْءٍ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ من مَهْرِ مِثْلِهَا أَنَّهُ إنْ كان ذلك مِمَّا يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ يَجُوزُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ
وَذَكَرَ هِشَامٌ عنهما أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ بِمَهْرِ مِثْلِهَا من غَيْرِ كُفْءٍ فَهُوَ على هذا الْخِلَافِ وَلَوْ فَعَلَ غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ شيئا مِمَّا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ في قولهم (((قوليهما))) جميعا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ تَثْبُتُ نَظَرًا في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه

وَلَا نَظَرَ في الْحَطِّ على مَهْرِ الْمِثْلِ في إنْكَاحِ الصَّغِيرَةِ وَلَا في الزِّيَادَةِ على مَهْرِ الْمِثْلِ في إنْكَاحِ الصَّغِيرِ بَلْ فيه ضَرَرٌ بِهِمَا وَالْإِضْرَارُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ الْوَلِيِّ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ما رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ رضي اللَّهُ عنه زَوَّجَ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها وَهِيَ صَغِيرَةٌ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم على خَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَتَزَوَّجَهَا رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم على ذلك وَمَعْلُومٌ أَنَّ مَهْرَ مِثْلِهَا كان أَضْعَافَ ذلك وَلِأَنَّ الْأَبَ وَافِرُ الشَّفَقَةِ على وَلَدِهِ يَنْظُرُ له ما لَا يَنْظُرُ لِنَفْسِهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَفْعَلُ ذلك إلَّا لِتَوْفِيرِ مَقْصُودٍ من مَقَاصِدِ النِّكَاحِ هو أَنْفَعُ وَأَجْدَى من كَثِيرٍ من الْمَالِ من مُوَافَقَةِ الْأَخْلَاقِ وَحُسْنِ الصُّحْبَةِ وَالْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ وَنَحْوِ ذلك من الْمَعَانِي الْمَقْصُودَةِ بِالنِّكَاحِ فَكَانَ تَصَرُّفُهُ وَالْحَالَةُ

هذه نَظَرًا لِلصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ لَا ضَرَرًا بِهِمَا
بِخِلَافِ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لِأَنَّ وَجْهَ الضَّرَرِ في تَصَرُّفِهِمَا ظَاهِرٌ وَلَيْسَ ثَمَّةَ دَلِيلٍ يَدُلُّ على اشْتِمَالِهِ على الْمَصْلَحَةِ الْبَاطِنَةِ الْخَفِيَّةِ التي تَزِيدُ على الضَّرَرِ الظَّاهِرِ لِأَنَّ ذلك إنَّمَا يُعْرَفُ بِوُفُورِ الشَّفَقَةِ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ الْأَبُ أَمَةً لَهُمَا بِأَقَلَّ من قِيمَتِهَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ الناس فيه أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَالْمَقْصُودُ من الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَّةِ هو الْوُصُولُ إلَى الْعِوَضِ الْمَالِيِّ ولم يُوجَدْ وَبِخِلَافِ ما إذَا زَوَّجَ أَمَتَهُمَا بِأَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ لَهُمَا فِيمَا يَحْصُلُ لِلْأَمَةِ من حَظِّ الزَّوْجِ وَإِنَّمَا مَنْفَعَتُهُمَا في حُصُولِ عِوَضِ بُضْعِ الْأَمَةِ لَهُمَا وهو مَهْرُ الْمِثْلِ ولم يَحْصُلْ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ التَّوْكِيلُ بِأَنْ وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ من مَهْرِ مِثْلِهَا مِقْدَارُ ما لَا يَتَغَابَنُ الناس في مِثْلِهِ أو وَكَّلَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهَا من رَجُلٍ فَزَوَّجَهَا من رَجُلٍ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا أو من غَيْرِ كُفْءٍ فَهُوَ على اخْتِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَعَلَى هذا الْوَكِيلُ بِالتَّزْوِيجِ من جَانِبِ الرَّجُلِ أو الْمَرْأَةِ إذَا زَوَّجَ الْمُوَكِّلَ من لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَكِيلِ له فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ في الْبَيْعِ وَنَذْكُرُ ذلك كُلَّهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في كِتَابِ الْوَكَالَةِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْوَكِيلُ من جَانِبِ الرَّجُلِ بِالتَّزْوِيجِ إذَا زَوَّجَهُ أَمَةً لِغَيْرِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَلِسُقُوطِ اعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ من جَانِبِ النِّسَاءِ

وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَتُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ من جَانِبَيْنِ عِنْدَهُمَا في مِثْلِ هذا الْمَوْضِعِ لِمَكَانِ الْعُرْفِ اسْتِحْسَانًا على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهِ وَلَوْ أَقَرَّ الْأَبُ على ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِالنِّكَاحِ أو على ابْنِهِ الصَّغِيرِ لَا يُصَدَّقُ في إقْرَارِهِ حتى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ على نَفْسِ النِّكَاحِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُصَدَّقُ من غَيْرِ شُهُودٍ

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ تَدَّعِيَ امْرَأَةٌ نِكَاحَ الصَّغِيرِ أو يدعى رَجُلٌ نِكَاحَ الصَّغِيرَةِ وَالْأَبُ يُنْكِرُ ذلك فَيُقِيمُ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً على إقْرَارِ الْأَبِ بِالنِّكَاحِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا تُقْبَلُ هذه الشَّهَادَةُ حتى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ على نَفْسِ الْعَقْدِ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ وَيَظْهَرُ النِّكَاحُ

وَالثَّانِي أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ نِكَاحَ الصَّغِيرَةِ أو امْرَأَةٌ نِكَاحَ الصَّغِيرِ بَعْدَ بُلُوغِهِمَا وَهُمَا مُنْكِرَانِ ذلك فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ على إقْرَارِ الْأَبِ بِالنِّكَاحِ في حَالِ الصِّغَرِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إذَا أَقَرَّ على مُوَكِّلِهِ أو على مُوَكِّلَتِهِ بِالنِّكَاحِ وَالْمَوْلَى إذَا أَقَرَّ على عَبْدِهِ بِالنِّكَاحِ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُقْبَلُ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ الْمَوْلَى إذَا أَقَرَّ على أَمَتِهِ بِالنِّكَاحِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ من غَيْرِ شَهَادَةٍ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ إنْ أَقَرَّ بِعَقْدٍ يَمْلِكُ إنْشَاءَهُ فَيُصَدَّقُ فيه من غَيْرِ شُهُودٍ كما لو أَقَرَّ بِتَزْوِيجِ أَمَتِهِ وَلَا شَكَّ أَنَّهُ أَقَرَّ بِعَقْدٍ يَمْلِكُ إنْشَاءَهُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إنْشَاءَ النِّكَاحِ على الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِ ذلك وإذا مَلَكَ إنْشَاءَهُ لم يَكُنْ مُتَّهَمًا في الْإِقْرَارِ فَيُصَدَّقُ كَالْمَوْلَى إذَا أَقَرَّ بِالْفَيْءِ في مُدَّةِ الْإِيلَاءِ وَزَوْجِ الْمُعْتَدَّةِ إذَا قال في الْعِدَّةِ رَاجَعْتُك لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ نَفَى النِّكَاحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الِانْعِقَادِ وَالظُّهُورِ بَلْ الْحَمْلُ على الظُّهُورِ أَوْلَى لِأَنَّ فيه عَمَلًا بِحَقِيقَةِ اسْمِ الشَّاهِدِ إذْ هو اسْمٌ لِفَاعِلِ الشَّهَادَةِ وهو الْمُؤَدِّي لها وَالْحَاجَةُ إلَى الْأَدَاءِ عِنْدَ الظُّهُورِ لَا عِنْدَ الِانْعِقَادِ وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ على الْغَيْرِ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ بِعَقْدٍ لَا يَتِمُّ بِهِ وَحْدَهُ وَإِنَّمَا يَتِمُّ بِهِ وَبِشَهَادَةِ الْآخَرِينَ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا

بِمُسَاعِدَةِ آخَرِينَ قِيَاسًا على الْوُكَلَاءِ الثَّلَاثَةِ في النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ

(2/246)

وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّهُ أَقَرَّ بِالنِّكَاحِ وَالْإِقْرَارُ بِالنِّكَاحِ إقْرَارٌ بِمَنَافِعِ الْبُضْعِ وَإِنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ أَلَا تَرَى أنها لو وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ كان الْمَهْرُ لها لَا لِلْأَبِ بِخِلَافِ الْأَمَةِ فإن مَنَافِعَ بُضْعِهَا مَمْلُوكَةٌ فَكَانَ ذلك إقْرَارًا بِمَا مَلَكَ فَأَبُو حَنِيفَةَ اعْتَبَرَ وِلَايَةَ الْعَقْدِ وَمِلْكَ الْمَعْقُودِ عليه وَهُمَا اعْتَبَرَا وِلَايَةَ الْعَقْدِ فَقَطْ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا وِلَايَةُ النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ فَهِيَ الْوِلَايَةُ على الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَقَوْلِ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وفي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ الْوِلَايَةُ عليها وِلَايَةٌ مُشْتَرَكَةٌ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هِيَ وِلَايَةٌ مُشْتَرَكَةٌ أَيْضًا لَا في العبادة (((العبارة))) فَإِنَّهَا لِلْمَوْلَى خَاصَّةً وَشَرْطُ ثُبُوتِ هذه الْوِلَايَةِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا هو رِضَا الْمُوَلَّى عليه لَا غَيْرُ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذا وَعِبَارَةُ الْوَلِيِّ أَيْضًا وَعَلَى هذا يبني الْحُرَّةُ الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من رَجُلٍ أو وَكَّلَتْ رَجُلًا بِالتَّزْوِيجِ فَتَزَوَّجَهَا أو زَوَّجَهَا فُضُولِيٌّ فَأَجَازَتْ جَازَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَأَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ سَوَاءً زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ أو غَيْرِ كُفْءٍ بِمَهْرٍ وَافِرٍ أو قَاصِرٍ غير أنها إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ فَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ وَكَذَا إذَا زَوَّجَتْ بِمَهْرٍ قَاصِرٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا وَسَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ إنْ شَاءَ اللَّهُ في مَوْضِعِهَا

وفي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ حتى يُجِيزَهُ الْوَلِيُّ وَالْحَاكِمُ فَلَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ وَطْؤُهَا قبل الْإِجَازَةِ وَلَوْ وَطِئَهَا يَكُونُ وطأ حَرَامًا وَلَا يَقَعُ عليها طَلَاقُهُ وَظِهَارُهُ وَإِيلَاؤُهُ وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا لم يَرِثْهُ الْآخَرُ سَوَاءً زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ أو غَيْرِ كُفْءٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْآخَرُ رَوَى الْحَسَنُ بن زِيَادٍ عنه

وروى عن أبي يُوسُفَ رِوَايَةٌ أُخْرَى أنها إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ يَنْفُذُ وَتَثْبُتُ سَائِرُ الْأَحْكَامِ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا كان لِلْمَرْأَةِ وَلِيٌّ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا إلَّا بِإِذْنِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ لها وَلِيٌّ جَازَ انكاحها على نَفْسِهَا

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ رَجَعَ إلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا بِدُونِ الْوَلِيِّ إلَّا أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فقال مُحَمَّدٌ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِعِبَارَتِهَا وَيَنْفُذُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ وَإِجَازَتِهِ وَيَنْعَقِدُ بِعِبَارَةِ الْوَلِيِّ وَيَنْفُذُ بإذنه (((بإذنها))) وَإِجَازَتِهَا فَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا عِبَارَةَ لِلنِّسَاءِ في بَابِ النِّكَاحِ أَصْلًا حتى لو تَوَكَّلَتْ امْرَأَةٌ بِنِكَاحِ امْرَأَةٍ من وَلِيِّهَا فَتَزَوَّجَتْ لم يَجُزْ عِنْدَهُ وَكَذَا إذَا زَوَّجَتْ بِنْتَهَا بِإِذْنِ الْقَاضِي لم يَجُزْ

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } هذا خِطَابٌ لِلْأَوْلِيَاءِ وَالْأَيِّمُ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ لَا زَوْجَ لها بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا وَمَتَى ثَبَتَتْ الْوِلَايَةُ عليها كانت هِيَ مُوَلِّيًا عليها ضَرُورَةً فَلَا تَكُونُ وَالِيَةً

وَقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إلَّا الْأَوْلِيَاءُ وَقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ لِأَنَّ النِّكَاحَ من جَانِبِ النِّسَاءِ عَقْدُ إضْرَارٍ بِنَفْسِهِ وَحُكْمِهِ وَثَمَرَتِهِ

أَمَّا نَفْسُهُ فإنه رِقٌّ وَأَسْرٌ قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم النِّكَاحُ رِقٌّ فَلْيَنْظُرْ أحدكم أَيْنَ يَضَعُ كَرِيمَتَهُ

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اتَّقُوا اللَّهَ في النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ أي أَسِيرَاتٌ وَالْإِرْقَاقُ إضْرَارٌ
وَأَمَّا حُكْمُهُ فإنه مِلْكٌ فَالزَّوْجُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مَنَافِعِ بُضْعِهَا اسْتِيفَاءً بِالْوَطْءِ وَإِسْقَاطًا بِالطَّلَاقِ وَيَمْلِكُ حَجْرَهَا عن الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ عن (((وعن))) التَّزَوُّجِ بِزَوْجٍ
وَأَمَّا ثَمَرَتُهُ فَالِاسْتِفْرَاشُ كُرْهًا وَجَبْرًا وَلَا شَكَّ إن هذا إضْرَارٌ إلَّا أَنَّهُ قد يَنْقَلِبُ مَصْلَحَةً وَيَنْجَبِرُ ما فيه من الضَّرَرِ إذَا وَقَعَ وَسِيلَةً إلَى الْمَصَالِحِ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ وَلَا يُسْتَدْرَكُ ذلك إلَّا بِالرَّأْيِ الْكَامِلِ وَرَأْيُهَا نَاقِصٌ لِنُقْصَانِ عَقْلِهَا فَبَقِيَ النِّكَاحُ مَضَرَّةً فَلَا تَمْلِكُهُ
وَاحْتَجَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِمَا روي عن عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَالْبَاطِلُ من التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ما لَا حُكْمَ له شَرْعًا كَالْبَيْعِ الْبَاطِلِ وَنَحْوِهِ وَلِأَنَّ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقًّا في النِّكَاحِ بِدَلِيلِ أَنَّ لهم حَقَّ الِاعْتِرَاضِ وَالْفَسْخِ وَمَنْ لَا حَقَّ له في عَقْدٍ كَيْفَ يَمْلِكُ فَسْخَهُ وَالتَّصَرُّفُ في حَقِّ الْإِنْسَانِ يَقِفُ جَوَازُهُ على جَوَازِ صَاحِبِ الْحَقِّ كَالْأَمَةِ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا
وَجْهُ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنها إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ يَنْفُذُ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوْلِيَاءِ في النِّكَاحِ من حَيْثُ صِيَانَتُهُمْ عَمَّا يُوجِبُ لُحُوقَ الْعَارِ وَالشَّيْنِ بِهِمْ بِنِسْبَةِ من لَا يُكَافِئُهُمْ بِالصِّهْرِيَّةِ إلَيْهِمْ وقد بَطَلَ هذا الْمَعْنَى بِالتَّزْوِيجِ من كُفْءٍ يُحَقِّقُهُ أنها لو وَجَدَتْ كفأ وَطَلَبَتْ من الْمَوْلَى الْإِنْكَاحَ منه لَا يَحِلُّ له الِامْتِنَاعُ وَلَوْ امْتَنَعَ يَصِيرُ عَاضِلًا

فَصَارَ عَقْدُهَا وَالْحَالَةُ هذه بِمَنْزِلَةِ عَقْدِهِ بِنَفْسِهِ
وَجْهُ ما رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ من الْفَرْقِ بين ما إذَا كان لها وَلِيٌّ وَبَيْنَ ما إذَا لم يَكُنْ لها وَلِيٌّ أَنَّ وُقُوفَ الْعَقْدِ على إذْنِ الْوَلِيِّ كان لِحَقِّ الْوَلِيِّ لَا لِحَقِّهَا فإذا لم يَكُنْ لها وَلِيٌّ فَلَا حَقَّ لِلْوَلِيِّ فَكَانَ الْحَقُّ لها خَاصَّةً فإذا عَقَدَتْ فَقَدْ تَصَرَّفَتْ في خَالِصِ حَقِّهَا فَنَفَذَ
وَأَمَّا إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ وَبَلَغَ الْوَلِيَّ فَامْتَنَعَ من الْإِجَازَةِ فَرَفَعَتْ أَمْرَهَا إلَى الْحَاكِمِ فإنه يُجِيزُهُ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وقال مُحَمَّدٌ يُسْتَأْنَفُ الْعَقْدُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْعَقْدَ كان مَوْقُوفًا على إجَازَةِ الْوَلِيِّ فإذا امْتَنَعَ من الْإِجَازَةِ فَقَدْ رَدَّهُ فَيَرْتَدُّ وَيَبْطُلُ من الْأَصْلِ فَلَا بُدَّ من الِاسْتِئْنَافِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ بِالِامْتِنَاعِ صَارَ عَاضِلًا إذْ لَا يَحِلُّ له الِامْتِنَاعُ من الْإِجَازَةِ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ فإذا امْتَنَعَ فَقَدْ عَضَلَهَا فَخَرَجَ من أَنْ يَكُونَ وَلِيًّا وَانْقَلَبَتْ الْوِلَايَةُ إلَى الْحَاكِمِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسُّنَّةُ وَالِاسْتِدْلَالُ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إنْ أَرَادَ النبي أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا } فَالْآيَةُ الشَّرِيفَةُ نَصٌّ على انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهَا وَانْعِقَادِهَا بِلَفْظِ الْهِبَةِ فَكَانَتْ حُجَّةً على الْمُخَالِفِ في الْمَسْأَلَتَيْنِ وَقَوْلِه تَعَالَى { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ له من بَعْدُ حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَضَافَ النِّكَاحَ إلَيْهَا فَيَقْتَضِي تَصَوُّرَ النِّكَاحِ منها

وَالثَّانِي أَنَّهُ جَعَلَ نِكَاحَ الْمَرْأَةِ غَايَةَ الْحُرْمَةِ فَيَقْتَضِي انْتِهَاءَ الْحُرْمَةِ عِنْدَ نِكَاحِهَا نَفْسِهَا وَعِنْدَهُ لَا تَنْتَهِي وَقَوْلُهُ عز وجل { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا } أَيْ يَتَنَاكَحَا أَضَافَ النِّكَاحَ إلَيْهِمَا من غَيْرِ ذِكْرِ الْوَلِيِّ وَقَوْلُهُ عز وجل { وإذا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ } الْآيَةُ وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ من وَجْهَيْنِ

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَضَافَ النِّكَاحَ إلَيْهِنَّ فَيَدُلُّ على جَوَازِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهِنَّ من غَيْرِ شَرْطِ الْوَلِيِّ

وَالثَّانِي أَنَّهُ نهى الْأَوْلِيَاءَ عن الْمَنْعِ عن نِكَاحِهِنَّ أَنْفُسَهُنَّ من أَزْوَاجِهِنَّ إذَا تَرَاضَى الزَّوْجَانِ وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي تَصْوِيرَ الْمَنْهِيِّ عنه

وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال ليس لِلْوَلِيِّ مع الثَّيِّبِ أَمْرٌ وَهَذَا قَطْعُ وِلَايَةِ الْوَلِيِّ عنها

وَرُوِيَ عنه أَيْضًا عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا من وَلِيِّهَا وَالْأَيِّمُ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ لَا زَوْجَ لها

وَأَمَّا الِاسْتِدْلَال فَهُوَ أنها لَمَّا بَلَغَتْ عن عَقْلٍ وَحُرِّيَّةٍ فَقَدْ صَارَتْ وَلِيَّةَ نَفْسِهَا في النِّكَاحِ فَلَا تَبْقَى مُولَيًا عليها كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إذَا بَلَغَ وَالْجَامِعُ أَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ إنَّمَا ثَبَتَتْ لِلْأَبِ على الصَّغِيرَةِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عنها شَرْعًا لِكَوْنِ النِّكَاحِ تَصَرُّفًا نَافِعًا مُتَضَمِّنًا مَصْلَحَةَ الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَحَاجَتَهَا إلَيْهِ حَالًا وَمَآلًا وَكَوْنِهَا عَاجِزَةً عن إحْرَازِ ذلك بِنَفْسِهَا وَكَوْنِ الْأَبِ قَادِرًا عليه بالبلوغ (((وبالبلوغ))) عن عَقْلٍ زَالَ الْعَجْزُ حَقِيقَةً وَقَدَرَتْ على التَّصَرُّفِ في نَفْسِهَا حَقِيقَةً فَتَزُولُ وِلَايَةُ الْغَيْرِ عنها وَتَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لها لِأَنَّ النِّيَابَةَ الشَّرْعِيَّةَ إنَّمَا تَثْبُتُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ نَظَرًا فَتَزُولُ بِزَوَالِ الضَّرُورَةِ مع أَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُنَافِيَةٌ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ لِلْحُرِّ على الْحُرِّ وَثُبُوتُ الشَّيْءِ مع الْمُنَافِي لَا يَكُونُ إلَّا بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ وَلِهَذَا الْمَعْنَى زَالَتْ الْوِلَايَةُ عن إنْكَاحِ الصَّغِيرِ الْعَاقِلِ إذَا بَلَغَ وَتَثْبُتُ الْوِلَايَةُ له وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في الْفَرْعِ وَلِهَذَا زَالَتْ وِلَايَةُ الْأَبِ عن التَّصَرُّفِ في مَالِهَا وَتَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لها كَذَا هذا

وإذا صَارَتْ وَلِيَّ نَفْسِهَا في النِّكَاحِ لَا تَبْقَى مُولَيًا عليها بِالضَّرُورَةِ لِمَا فيه من الِاسْتِحَالَةِ وَأَمَّا الْآيَةُ فَالْخِطَابُ لِلْأَوْلِيَاءِ بِالْإِنْكَاحِ ليس يَدُلُّ على أَنَّ الْوَلِيَّ شَرْطُ جَوَازِ الْإِنْكَاحِ بَلْ على وِفَاقِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ بين الناس فإن النِّسَاءَ لَا يَتَوَلَّيْنَ النِّكَاحَ بِأَنْفُسِهِنَّ عَادَةً لِمَا فيه من الْحَاجَةِ إلَى الْخُرُوجِ إلَى مَحَافِلِ الرِّجَالِ وَفِيهِ نِسْبَتُهُنَّ إلَى الْوَقَاحَةِ بَلْ الْأَوْلِيَاءُ هُمْ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ ذلك عَلَيْهِنَّ بِرِضَاهُنَّ فَخَرَجَ الْخِطَابُ بِالْأَمْرِ بِالْإِنْكَاحِ مَخْرَجَ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ على النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ دُونَ الْحَتْمِ وَالْإِيجَابِ وَالدَّلِيلُ عليه ما ذَكَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَقِيبَهُ وهو قَوْله تَعَالَى { وَالصَّالِحِينَ من عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ } ثُمَّ لم يَكُنْ الصَّلَاحُ شَرْطَ الْجَوَازِ وَنَظِيرُهُ قَوْله تَعَالَى { فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } أو تُحْمَلُ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ على إنْكَاحِ الصِّغَارِ عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ كُلِّهَا

وَعَلَى هذا يُحْمَلُ قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إلَّا الْأَوْلِيَاءُ إن ذلك على النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ وَكَذَا قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مع ما حُكِيَ عن

بَعْضِ النَّقَلَةِ أَنَّ ثَلَاثَةَ أَحَادِيثَ لم تَصِحَّ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَعُدَّ من جُمْلَتِهَا هذا وَلِهَذَا لم يُخَرَّجْ في الصَّحِيحَيْنِ على أَنَّا نَقُولُ بِمُوجِبِ الْأَحَادِيثِ لَكِنْ لِمَا قُلْتُمْ إن هذا إنْكَاحٌ بِغَيْرِ وَلِيٍّ بَلْ الْمَرْأَةُ وَلِيَّةُ نَفْسِهَا لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم النِّكَاحُ عَقْدُ ضَرَرٍ فَمَمْنُوعٌ بَلْ هو عَقْدُ مَنْفَعَةٍ لِاشْتِمَالِهِ على مَصَالِحِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا من السَّكَنِ وَالألف وَالْمَوَدَّةِ وَالتَّنَاسُلِ وَالْعِفَّةِ عن الزِّنَا وَاسْتِيفَاءِ الْمَرْأَةِ بِالنَّفَقَةِ إلَّا أَنَّ هذه الْمَصَالِحَ لَا تَحْصُلُ إلَّا بِضَرْبِ مِلْكٍ عليها إذْ لو لم تَكُنْ لَا تَصِيرُ مَمْنُوعَةً عن الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ والتزوج (((والتزويج))) بِزَوْجٍ آخَرَ وفي الْخُرُوجِ وَالْبُرُوز فَسَادُ السَّكَنِ لِأَنَّ قَلْبَ الرَّجُلِ لَا يَطْمَئِنُّ إلَيْهَا وفي التَّزَوُّجِ بِزَوْجٍ آخَرَ فَسَادُ الْفِرَاشِ لِأَنَّهَا إذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَشْتَبِهُ النَّسَبُ وَيَضِيعُ الْوَلَدُ فَالشَّرْعُ ضَرَبَ عليها نَوْعَ مِلْكٍ ضَرُورَةَ حُصُولِ الْمَصَالِحِ فَكَانَ الْمِلْكُ وَسِيلَةً إلَى الْمَصَالِحِ وَالْوَسِيلَةُ إلَى الْمَصْلَحَةِ مَصْلَحَةٌ وَتَسْمِيَةُ النِّكَاحِ رِقًّا بِطَرِيقِ التَّمْثِيلِ لَا بِطَرِيقِ التَّحْقِيقِ لِانْعِدَامِ حَقِيقَةِ الرِّقِّ

وَقَوْلُهُ عَقْلُهَا نَاقِصٌ قُلْنَا هذا النَّوْعُ من النُّقْصَانِ لَا يَمْنَعُ الْعِلْمَ بِمَصَالِحِ النِّكَاحِ فَلَا يَسْلُبُ أَهْلِيَّةَ النِّكَاحِ وَلِهَذَا لَا يَسْلُبُ أَهْلِيَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ من الْمُعَامَلَاتِ وَالدِّيَانَاتِ حتى يَصِحَّ منها التَّصَرُّفُ في الْمَالِ على طَرِيقِ الِاسْتِبْدَادِ وَإِنْ كانت تَجْرِي في التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ خِيَانَاتٌ خَفِيَّةٌ لَا تُدْرَكُ إلَّا بِالتَّأَمُّلِ وَيَصِحُّ منها الْإِقْرَارُ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَيُؤْخَذُ عليها الْخِطَابُ بالإيمان وَسَائِرِ الشَّرَائِعِ فَدَلَّ أَنَّ مالها من الْعَقْلِ كَافٍ وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ اُعْتُبِرَ عَقْلُهَا في اخْتِيَارِ الْأَزْوَاجِ حتى لو طَلَبَتْ من الْوَلِيِّ أَنْ يُزَوِّجَهَا من كُفْءٍ يُفْتَرَضُ عليه التَّزْوِيجُ حتى لو امْتَنَعَ يَصِيرُ عَاضِلًا وَيَنُوبُ الْقَاضِي مَنَابَهُ في التَّزْوِيجِ

وَأَمَّا حَدِيثُ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها فَقَدْ قِيلَ إنَّ مَدَارَهُ على الزُّهْرِيِّ فَعُرِضَ عليه فَأَنْكَرَهُ وَهَذَا يُوجِبُ ضَعْفًا في الثُّبُوتِ يُحَقِّقُ الضَّعْفَ أَنَّ رَاوِيَ الحديث عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها وَمِنْ مَذْهَبِهَا جَوَازُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ

وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ أنها زَوَّجَتْ بِنْتَ أَخِيهَا عبد الرحمن من الْمُنْذِرِ بن الزُّبَيْرِ وإذا كان مَذْهَبُهَا في هذا الْبَابِ هذا فَكَيْفَ تَرْوِي حَدِيثًا لَا تَعْمَلُ بِهِ وَلَئِنْ ثَبَتَ فَنَحْمِلُهُ على الْأَمَةِ لِأَنَّهُ رُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إذْنِ مَوَالِيهَا دَلَّ ذِكْرُ الْمَوَالِي على أَنَّ الْمُرَادَ من الْمَرْأَةِ الْأَمَةُ فَيَكُونُ عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ أَجْمَعَ

وَأَمَّا قَوْلُ مُحَمَّدٍ أن لِلْوَلِيِّ حَقًّا في النِّكَاحِ فَنَقُولُ الْحَقُّ في النِّكَاحِ لها على الْوَلِيِّ لَا لِلْوَلِيِّ عليها بِدَلِيلِ أنها تُزَوَّجُ على الْوَلِيِّ إذَا غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً وإذا كان حَاضِرًا يُجْبَرُ على التَّزْوِيجِ إذَا أَبَى وَعَضَلَ تُزَوَّجُ عليه وَالْمَرْأَةُ لَا تُجْبَرُ على النِّكَاحِ إذَا أَبَتْ وَأَرَادَ الْوَلِيُّ فَدَلَّ أَنَّ الْحَقَّ لها عليه وَمَنْ تَرَكَ حَقَّ نَفْسِهِ في عَقْدٍ له قِبَلَ غَيْرِهِ لم يُوجِبْ ذلك فَسَادَهُ على أَنَّهُ إنْ كان لِلْوَلِيِّ فيه ضَرْبُ حَقٍّ لَكِنَّ أَثَرَهُ في الْمَنْعِ من اللُّزُومِ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ لَا في الْمَنْعِ من النَّفَاذِ وَالْجَوَازِ لِأَنَّ في حَقِّ الْأَوْلِيَاءِ في النِّكَاحِ من حَيْثُ صِيَانَتُهُمْ عَمَّا يَلْحَقُهُمْ من الشَّيْنِ وَالْعَارِ بِنِسْبَةِ عَدَا الْكُفْءِ إلَيْهِمْ بِالصِّهْرِيَّةِ فَإِنْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ فَقَدْ حَصَلَتْ الصِّيَانَةُ فَزَالَ الْمَانِعُ من اللُّزُومِ فَيَلْزَمُ وَإِنْ تَزَوَّجَتْ من غَيْرِ كُفْءٍ فَفِي النَّفَاذِ إنْ كان ضَرَرٌ بِالْأَوْلِيَاءِ وفي عَدَمِ النَّفَاذِ ضَرَرٌ بها بِإِبْطَالِ أَهْلِيَّتِهَا وَالْأَصْلُ في الضَّرَرَيْنِ إذَا اجْتَمَعَا أَنْ يَدْفَعَا ما أَمْكَنَ وَهَهُنَا أَمْكَنَ دَفْعُهُمَا بِأَنْ نَقُولَ بِنَفَاذِ النِّكَاحِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنها وبعد (((وبعدم))) اللُّزُومِ وَثُبُوتِ وِلَايَةِ الِاعْتِرَاضِ لِلْأَوْلِيَاءِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ وَلِهَذَا نَظِيرٌ في الشَّرِيعَةِ فإن الْعَبْدَ الْمُشْتَرَكَ بين اثْنَيْنِ إذَا كَاتَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَقَدْ دَفَعَ

الضَّرَرَ عنه حتى لو أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ يُعْتَقُ وَلَكِنَّهُ لم يَلْزَمْهُ حتى كان لِلشَّرِيكِ الْآخِرِ حَقُّ فَسْخِ الْكِتَابَةِ قبل أَدَاءِ الْبَدَلِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ
وَكَذَا الْعَبْدُ إذَا أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ أو بِعُمْرَةٍ صَحَّ إحْرَامُهُ حتى لو أُعْتِقَ يَمْضِي في إحْرَامِهِ لَكِنَّهُ لم يَلْزَمْهُ حتى أن لِلْمَوْلَى أَنْ يُحَلِّلَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه وَكَذَا لِلشَّفِيعِ حَقُّ تَمَلُّكِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن نَفْسِهِ ثُمَّ لو وَهَبَ الْمُشْتَرِي الدَّارَ نَفَذَتْ هِبَتُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه لَكِنَّهَا لَا تَلْزَمُ حتى لِلشَّفِيعِ حَقُّ قَبْضِ الْهِبَةِ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن نَفْسِهِ كَذَا هذا
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرْطُ التَّقَدُّمِ فَشَيْئَانِ أَحَدُهُمَا الْعُصُوبَةُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَتُقَدَّمُ الْعَصَبَةُ على ذَوِي الرَّحِمِ

(2/249)

سَوَاءً كانت الْعَصَبَةُ أَقْرَبُ أو أَبْعَدُ وَعِنْدَهُمَا هِيَ شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ على ما مَرَّ
وَالثَّانِي قُرْبُ الْقَرَابَةِ يَتَقَدَّمُ الْأَقْرَبُ على الْأَبْعَدِ سَوَاءً كان في الْعَصَبَاتِ أو في غَيْرِهَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعَلَى أَصْلِهِمَا هذا شَرْطُ التَّقَدُّمِ لَكِنْ في الْعَصَبَاتِ خَاصَّةً بِنَاءً على أَنَّ الْعَصَبَاتِ شَرْطُ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ هِيَ شَرْطُ التَّقَدُّمِ على غَيْرِهِمْ من الْقَرَابَاتِ فما دَامَ ثَمَّةَ عَصَبَةٍ فَالْوِلَايَةُ لهم يَتَقَدَّمُ الْأَقْرَبُ منهم على الْأَبْعَدِ وَعِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِذَوِي الرَّحِمِ الْأَقْرَبُ منهم يَتَقَدَّمُ على الْأَبْعَدِ وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ في الْوِلَايَةِ لِأَنَّ هذه وِلَايَةُ نَظَرٍ وَتَصَرُّفُ الْأَقْرَبِ انظر في حَقِّ الْمُوَلَّى عليه لِأَنَّهُ أَشْفَقُ فَكَانَ هو أَوْلَى من الْأَبْعَدِ وَلِأَنَّ الْقَرَابَةَ إنْ كانت اسْتِحْقَاقُهَا بِالتَّعْصِيبِ كما قَالَا فَالْأَبْعَدُ لَا يَكُونُ عَصَبَةً مع الْأَقْرَبِ فَلَا يَلِي معه وَلَئِنْ كان اسْتِحْقَاقُهَا بِالْوِرَاثَةِ كما قال أبو حَنِيفَةَ فَالْأَبْعَدُ لَا يَرِثُ مع الْأَقْرَبِ فَلَا يَكُونُ وَلِيًّا معه وإذا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ إذَا اجْتَمَعَ الْأَبُ وَالْجَدُّ في الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونِ الْكَبِيرِ وَالْمَجْنُونَةِ الْكَبِيرَةِ فَالْأَبُ أَوْلَى من الْجَدِّ أَبِ الْأَبِ لِوُجُودِ الْعُصُوبَةِ وَالْقُرْبِ وَالْجَدُّ أَبَ الْأَبِ وَإِنْ عَلَا أَوْلَى من الْأَخِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَالْأَخُ أَوْلَى من الْعَمِّ هَكَذَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْجَدُّ وَالْأَخُ سَوَاءٌ كما في الْمِيرَاثِ فإن الْأَخَ لَا يَرِثُ مع الْجَدِّ عِنْدَهُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَعِنْدَهُمَا يَشْتَرِكَانِ في الْمِيرَاثِ فَكَانَا كالآخوين وَإِنْ اجْتَمَعَ الْأَبُ وَالِابْنُ في الْمَجْنُونَةِ فَالِابْنُ أَوْلَى عِنْدَ أبي يُوسُفَ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ مع قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَرَوَى الْمُعَلَّى عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال أَيُّهُمَا زَوَّجَ جَازَ وَإِنْ اجْتَمَعَا قلت لِلْأَبِ زَوِّجْ
وقال مُحَمَّدٌ الْأَبُ أَوْلَى بِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أن هذه الْوِلَايَةَ تَثْبُتُ نَظَرًا لِلْمُوَلَّى عليه وَتَصَرُّفُ الْأَبِ انظر لها لِأَنَّهُ أَشْفَقُ عليها من الِابْنِ وَلِهَذَا كان هو أَوْلَى بِالتَّصَرُّفِ في مَالِهَا وَلِأَنَّ الْأَبَ من قَوْمِهَا وَالِابْنُ ليس منهم أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُنْسَبُ إلَى أبيه فَكَانَ إثْبَاتُ الْوِلَايَةِ عليها لِقَرَابَتِهَا أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ وِلَايَةَ التَّزْوِيجِ مَبْنِيَّةٌ على الْعُصُوبَةِ وَالْأَبُ مع الِابْنِ إذَا اجْتَمَعَا فَالِابْنُ هو الْعَصَبَةُ وَالْأَبُ صَاحِبُ فَرْضٍ فَكَانَ كَالْأَخِ لِأُمٍّ مع الْأَخِ لِأَبٍ

وَأُمٍّ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْمُعَلَّى أَنَّهُ وُجِدَ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ما هو سَبَبُ التَّقَدُّمِ أَمَّا الْأَبُ فَلِأَنَّهُ من قَوْمِهَا وهو أَشْفَقُ عليها وَأَمَّا الِابْنُ فَلِأَنَّهُ يَرِثُهَا بِالتَّعْصِيبِ وَكُلُّ وَاحِدٍ من هَذَيْنِ سَبَبُ التَّقَدُّمِ فَأَيُّهُمَا زَوَّجَ جَازَ وَعِنْدَ الِاجْتِمَاعِ يُقَدَّمُ الْأَبُ تَعْظِيمًا وَاحْتِرَامًا له وَكَذَلِكَ إذَا اجْتَمَعَ الْأَبُ وابن الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ فَهُوَ على هذا الْخِلَافِ وَالْأَفْضَلُ في الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنْ يُفَوِّضَ الِابْنُ الْإِنْكَاحَ إلَى الْأَبِ احْتِرَامًا لِلْأَبِ وَاحْتِرَازًا عن مَوْضِعِ الْخِلَافِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اجْتَمَعَ الْجَدُّ وَالِابْنُ
قال أبو يُوسُفَ الِابْنُ أَوْلَى وقال مُحَمَّدٌ الْجَدُّ أَوْلَى وَالْوَجْهُ من الْجَانِبَيْنِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا فَأَمَّا الْأَخُ وَالْجَدُّ فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ
وَأَمَّا من غَيْرِ الْعَصَبَاتِ فَكُلُّ من يَرِثُ يُزَوِّجُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمَنْ لَا فَلَا وَبَيَانُ من يَرِثُ منهم وَمَنْ لَا يَرِثُ يُعْرَفُ في كِتَابِ الْفَرَائِضِ ثُمَّ إنَّمَا يَتَقَدَّمُ الْأَقْرَبُ على الْأَبْعَدِ إذَا كان الْأَقْرَبُ حَاضِرًا أو غَائِبًا غَيْبَةً غير مُنْقَطِعَةٍ فَأَمَّا إذَا كان غَائِبًا غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فَلِلْأَبْعَدِ أَنْ يُزَوِّجَ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ لَا وِلَايَةَ لِلْأَبْعَدِ مع قِيَامِ الْأَقْرَبِ بِحَالٍ
وقال الشَّافِعِيُّ يُزَوِّجُهَا السُّلْطَانُ
وَاخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا في وِلَايَةِ الْأَقْرَبِ أنها تَزُولُ بِالْغَيْبَةِ أو تَبْقَى
قال بَعْضُهُمْ أنها بَاقِيَةٌ إلَّا أن حَدَثَتْ لِلْأَبْعَدِ وِلَايَةٌ لِغَيْبَةِ الْأَقْرَبِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ لها وَلِيَّيْنِ مُسْتَوِيَيْنِ في الدَّرَجَةِ كَالْأَخَوَيْنِ وَالْعَمَّيْنِ
وقال بَعْضُهُمْ تَزُولُ وِلَايَتُهُ وَتَنْتَقِلُ إلَى الْأَبْعَدِ وهو الْأَصَحُّ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ وِلَايَةَ الْأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لِقِيَامِ سَبَبِ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ وهو الْقَرَابَةُ الْقَرِيبَةُ وَلِهَذَا لو زَوَّجَهَا حَيْثُ هو يَجُوزُ فَقِيَامُ وِلَايَتِهِ تَمْنَعُ الِانْتِقَالَ إلَى غَيْرِهِ وَالشَّافِعِيُّ يقول إنَّ وِلَايَةَ الْأَقْرَبِ بَاقِيَةٌ كما قال زُفَرُ إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ دَفْعُ حَاجَتِهَا من قِبَلِ الْأَقْرَبِ مع قِيَامِ وِلَايَتِهِ عليها بِسَبَبِ الْغَيْبَةِ فَتَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِلسُّلْطَانِ كما إذَا خَطَبَهَا كُفْءٌ وَامْتَنَعَ الْوَلِيُّ من تَزْوِيجِهَا منه إن لِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَهَا وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الضَّرَرِ عن الصَّغِيرَةِ
وَلَنَا أَنَّ ثُبُوتَ الْوِلَايَةِ لِلْأَبْعَدِ زِيَادَةُ نَظَرٍ في حَقِّ الْعَاجِزِ فَتَثْبُتُ له الْوِلَايَةُ كما في الْأَبِ مع الْجَدِّ إذَا كَانَا حَاضِرَيْنِ وَدَلَالَةُ ما قُلْنَا إن الْأَبْعَدَ أَقْدَرُ على تَحْصِيلِ النَّظَرِ لِلْعَاجِزِ

لِأَنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ مُضَمَّنَةٌ تَحْتَ الْكَفَاءَةِ وَالْمَهْرِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْأَبْعَدَ مُتَمَكِّنٌ من إحْرَازِ الْكُفْءِ الْحَاضِرِ بِحَيْثُ لَا يَفُوتُهُ غَالِبًا وَالْأَقْرَبُ الْغَائِبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا يَقْدِرُ على إحْرَازِهِ غَالِبًا
لِأَنَّ الْكُفْءَ الْحَاضِرَ لَا يَنْتَظِرُ حُضُورَهُ وَاسْتِطْلَاعَ رَأْيِهِ غَالِبًا
وَكَذَا الْكُفْءُ الْمُطْلَقُ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تُخْطَبُ حَيْثُ هِيَ عَادَةً فَكَانَ الْأَبْعَدُ أَقْدَرَ على إحْرَازِ الْكُفْءِ من الْأَقْرَبِ فَكَانَ أَقْدَرَ على إحْرَازِ النَّظَرِ فَكَانَ أَوْلَى بِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ له إذْ الْمَرْجُوحُ في مُقَابَلَةِ الرَّاجِحِ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ في الْأَحْكَامِ كما في الْأَبِ مع الْجَدِّ

وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ وَلَايَةَ الْأَقْرَبِ قَائِمَةٌ فَمَمْنُوعٌ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَجُوزُ انكاحه بَلْ لَا يَجُوزُ فَوَلَايَتُهُ مُنْقَطِعَةٌ بِوَاحِدَةٍ

وقد رُوِيَ عن أَصْحَابِنَا ما يَدُلُّ على هذا فَإِنَّهُمْ قالوا إنَّ الْأَقْرَبَ إذَا كَتَبَ كِتَابًا إلَى الْأَبْعَدِ لِيُقَدِّمَ رَجُلًا في الصَّلَاةِ على جِنَازَةِ الصَّغِيرِ فإن لِلْأَبْعَدِ أَنْ يَمْتَنِعَ عن ذلك وَلَوْ كانت وَلَايَةُ الْأَقْرَبِ قَائِمَةٌ لَمَا كان له الِامْتِنَاعُ كما إذَا كان الْأَقْرَبُ حَاضِرًا فَقَدَّمَ رَجُلًا ليس لِلْأَبْعَدِ وَلَايَةُ الْمَنْعِ وَالْمَعْقُولُ يَدُلُّ عليه وهو أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَايَةِ لِحَاجَةِ الْمُوَلَّى عليه وَلَا مَدْفَعَ لِحَاجَتِهِ بِرَأْيِ الْأَقْرَبِ لِخُرُوجِهِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ بِالْغَيْبَةِ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهُ جُنَّ أو مَاتَ إذْ الْمَوْجُودُ الذي لَا يُنْتَفَعُ بِهِ وَالْعَدَمُ الْأَصْلِيِّ سَوَاءٌ وَلِأَنَّ الْقَوْلَ بِثُبُوتِ الْوَلَايَةِ لِلْأَبْعَدِ مع وِلَايَةِ الْأَقْرَبِ يُؤَدِّي إلَى الْفَسَادِ لِأَنَّ الْأَقْرَبَ رُبَّمَا يُزَوِّجُهَا من إنْسَانٍ حَيْثُ هو وَلَا يَعْلَمُ الْأَبْعَدُ بِذَلِكَ فَيُزَوِّجُهَا من غَيْرِهِ فَيَطَؤُهَا الزَّوْجُ الثَّانِي وَيَجِيءُ بِالْأَوْلَادِ ثُمَّ يَظْهَرُ أنها زَوْجَةُ الْأَوَّلِ وَفِيهِ من الْفَسَادِ ما لَا يَخْفَى

ثُمَّ إنْ سَلَّمْنَا على قَوْلِ بَعْضِ الْمَشَايِخِ فَلَا تَنَافِيَ بين الْوَلَايَتَيْنِ فَأَيُّهُمَا زَوَّجَ جَازَ كما إذَا كان لها أَخَوَانِ أو عَمَّانِ في دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ وَفِيهِ كَمَالُ النَّظَرِ في حَقِّ الْعَاجِزِ لِأَنَّ الْكُفْءَ إنْ اتَّفَقَ حَيْثُ الْأَبْعَدُ زَوَّجَهَا منه وَإِنْ اتَّفَقَ حَيْثُ الْأَقْرَبُ زَوَّجَهَا منه فَيَكْمُلُ النَّظَرُ إلَّا أَنَّ في حَالِ الْحَضْرَةِ يُرَجَّحُ الْأَقْرَبُ بِاعْتِبَارِ زِيَادَةِ الشَّفَقَةِ لِزِيَادَةِ الْقَرَابَةِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنْ نَقْلَ الْوَلَايَةِ إلَى السُّلْطَانِ بَاطِلٌ لِأَنَّ السُّلْطَانَ وَلِيُّ من لَا وَلِيَّ له وَهَهُنَا لها وَلِيٌّ أو وَلِيَّانِ فَلَا تَثْبُتُ الْوَلَايَةُ لِلسُّلْطَانِ إلَّا عِنْدَ الْعَضْلِ من الْوَلِيِّ ولم يُوجَدْ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

وَاخْتَلَفَتْ الْأَقَاوِيلُ في تَحْدِيدِ الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ

وَعَنْ أبي يُوسُفَ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ قال ما بين بَغْدَادَ وَالرَّيِّ وفي رِوَايَةٍ مَسِيرَةُ شَهْرٍ فَصَاعِدًا وما دُونَهُ ليس بِغَيْبَةٍ مُنْقَطِعَةٍ

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ أَيْضًا رُوِيَ عنه ما بين الْكُوفَةِ إلَى الرَّيِّ وَرُوِيَ عنه من الرَّقَّةِ إلَى الْبَصْرَةِ وَذَكَرَ ابن شُجَاعٍ إذَا كان غَائِبًا في مَوْضِعٍ لَا تَصِلُ إلَيْهِ الْقَوَافِلُ وَالرُّسُلُ في السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً فَهُوَ غَيْبَةٌ مُنْقَطِعَةٌ وإذا كانت الْقَوَافِلُ تَصِلُ إلَيْهِ في السَّنَةِ غير مَرَّةٍ فَلَيْسَتْ بِمُنْقَطِعَةٍ

وَعَنْ الشَّيْخِ الْإِمَامِ أبي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بن الْفَضْلِ الْبُخَارِيِّ أَنَّهُ قال إنْ كان الْأَقْرَبُ في مَوْضِعٍ يُفَوِّتُ الْكُفْءَ الْخَاطِبَ بِاسْتِطْلَاعِ رَأْيِهِ فَهُوَ غَيْبَةٌ مُنْقَطِعَةٌ وَإِنْ كان لَا يُفَوِّتُ فَلَيْسَتْ بِمُنْقَطِعَةٍ وَهَذَا أَقْرَبُ إلَى الْفِقْهِ لِأَنَّ التَّعْوِيلَ في الْوَلَايَةِ على تَحْصِيلِ النَّظَرِ لِلْمُوَلَّى عليه وَدَفْعِ الضَّرَرِ عنه وَذَلِكَ فِيمَا قَالَهُ هذا إذَا اجْتَمَعَ في الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونِ الْكَبِيرِ وَالْمَجْنُونَةِ الْكَبِيرَةِ وَلِيَّانِ أَحَدُهُمَا أَقْرَبُ وَالْآخَرُ أَبْعَدُ فَأَمَّا إذَا كَانَا في الدَّرَجَةِ سَوَاءً كَالْأَخَوَيْنِ وَالْعَمَّيْنِ وَنَحْوِ ذلك فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حِيَالِهِ أَنْ يُزَوِّجَ رضي الْآخَرُ أو سَخِطَ بَعْدَ أَنْ كان التَّزْوِيجُ من كُفْءٍ بِمَهْرٍ وَافِرٍ وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال مَالِكٌ ليس لِأَحَدِ الْأَوْلِيَاءِ وَلَايَةُ الانكاح ما لم يَجْتَمِعُوا بِنَاءً على أَنَّ هذه الْوَلَايَةَ وَلَايَةُ شَرِكَةٍ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا وَعِنْدَ الْعَامَّةِ وِلَايَةُ اسْتِبْدَادٍ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ سَبَبَ هذه الْوَلَايَةِ هو الْقَرَابَةُ وإنها مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمْ فَكَانَتْ الْوِلَايَةُ مُشْتَرَكَةً لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ على وَفْقِ الْعِلَّةِ وَصَارَ كَوَلَايَةِ الْمِلْكِ فإن الْجَارِيَةَ بين إثنين إذَا زَوَّجَهَا أَحَدُهُمَا لَا يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَلَنَا أَنَّ الْوَلَايَةَ لَا تَتَجَزَّأُ لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وهو الْقَرَابَةُ وما لَا يَتَجَزَّأُ إذَا ثَبَتَ بِجَمَاعَةٍ بِسَبَبٌ لَا يَتَجَزَّأُ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم على الْكَمَالِ كَأَنَّهُ ليس معه غَيْرُهُ كَوَلَايَةِ الْأَمَانِ بِخِلَافِ وَلَايَةِ الْمِلْكِ لِأَنَّ سَبَبَهَا الْمِلْكُ وَأَنَّهُ متجزىء فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمِلْكِ فَإِنْ زَوَّجَهَا كُلُّ وَاحِدٍ من الْوَلِيَّيْنِ رَجُلًا على حِدَةٍ فَإِنْ وَقَعَ الْعَقْدَانِ مَعًا بَطَلَا جميعا لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى من الْآخَرِ

وَإِنْ وَقَعَا مُرَتَّبًا فَإِنْ كان لَا يدري السَّابِقُ فَكَذَلِكَ لِمَا قُلْنَا وَلِأَنَّهُ لو جَازَ لَجَازَ بالتجزيء (((بالتجزي))) وَلَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِالتَّجْزِيءِ في الْفُرُوجِ

(2/251)

وَإِنْ عُلِمَ السَّابِقُ مِنْهُمَا من اللَّاحِقِ جَازَ الْأَوَّلُ ولم يَجُزْ الْآخَرُ
وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال إذَا نَكَحَ الْوَلِيَّانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ
وَأَمَّا إذَا زَوَّجَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ الْحُرَّةَ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ بِرِضَاهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَا الْبَاقِينَ فَحُكْمُهُ يُذْكَرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في شَرَائِطِ اللُّزُومِ
فَصْلٌ وَأَمَّا وَلَايَةُ الْوَلَاءِ فَسَبَبُ ثُبُوتِهَا الْوَلَاءُ قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ ثُمَّ النَّسَبُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْوَلَايَةِ كَذَا الْوَلَاءُ وَالْوَلَاءُ نَوْعَانِ وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَوَلَاءُ مُوَالَاةٍ
أَمَّا وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ فَوَلَايَةُ وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ نَوْعَانِ وَلَايَةُ حَتْمٍ وَإِيجَابٍ وَوَلَايَةُ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَلَايَةُ اسْتِبْدَادٍ وَوَلَايَةُ شَرِكَةٍ على ما بَيَّنَّا في وَلَايَةِ الْقَرَابَةِ وَشَرْطُ ثُبُوتِ هذه الْوَلَايَةِ ما هو شَرْطُ ثُبُوتِ تِلْكَ الْوَلَايَةِ إلَّا أَنَّ هذه الْوَلَايَةَ اخْتَصَّتْ بِشَرْطٍ وهو أَنْ لَا يَكُونَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ من جِهَةِ الْقَرَابَةِ فَإِنْ كان فَلَا وَلَايَةَ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّهُ لَا وَلَاءَ له لِأَنَّ مولى الْعَتَاقَةِ آخِرُ الْعَصَبَاتِ وَإِنْ لم يَكُنْ ثَمَّةَ عَصَبَةٌ من جِهَةِ القرابة (((القربة))) فَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَ سَوَاءٌ كان الْمُعْتَقُ ذَكَرًا أو أُنْثَى وَأَمَّا مولى الْمُوَالَاةِ فَلَهُ وَلَايَةُ التَّزْوِيجِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ وَانْعِدَامِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ لِأَنَّهُ آخِرُ الْوَرَثَةِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ليس له وَلَايَةُ التَّزْوِيجِ أَصْلًا وَرَأْسًا لِأَنَّ الْعُصُوبَةَ شَرْطٌ عِنْدَهُمَا ولم تُوجَدْ
فَصْلٌ وَأَمَّا وَلَايَةُ الْإِمَامَةِ فَسَبَبُهَا الْإِمَامَةُ وَوَلَايَةُ الْإِمَامَةِ نَوْعَانِ أَيْضًا كَوَلَايَةِ الْقَرَابَةِ وَشَرْطُهَا ما هو شَرْطُ تِلْكَ الْوَلَايَةِ في النَّوْعَيْنِ جميعا وَلَهَا شَرْطَانِ آخَرَانِ
أَحَدُهُمَا يَعُمُّ النَّوْعَيْنِ جميعا وهو أَنْ لَا يَكُونَ هُنَاكَ وَلِيٌّ أَصْلًا لِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم السُّلْطَانُ وَلِيُّ من لَا وَلِيَّ له
وَالثَّانِي يَخُصُّ أَحَدَهُمَا وهو وَلَايَةُ النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ أو وَلَايَةُ الشَّرِكَةِ على اخْتِلَافِ الْأَصْلِ وهو لِعَضْلٍ من الْوَلِيِّ لِأَنَّ الْحُرَّةَ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ إذَا طَلَبَتْ الْإِنْكَاحَ من كُفْءٍ وَجَبَ عليه التَّزْوِيجُ منه لِأَنَّهُ منهى عن الْعَضْلِ وَالنَّهْيُ عن الشَّيْءِ أَمْرٌ بِضِدِّهِ فإذا امْتَنَعَ فَقَدْ أَضَرَّ بها وَالْإِمَامُ نُصِّبَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَتَنْتَقِلُ الْوَلَايَةُ إلَيْهِ وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ وَلَايَةُ الْإِنْكَاحِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالْأَمْرِ فَلَا يَعْدُو مَوْضِعَ الْأَمْرِ كَالْوَكِيلِ وَإِنْ كان الْمَيِّتُ أَوْصَى إلَيْهِ لَا يَمْلِكُ أَيْضًا لِأَنَّهُ أَرَادَ بِالْوِصَايَةِ إلَيْهِ نَقْلَ وَلَايَةِ الْإِنْكَاحِ وَأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ النَّقْلَ حَالَ الْحَيَاةِ كَذَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَكَذَا الْفُضُولِيُّ لِانْعِدَامِ سَبَبِ ثُبُوتِ الْوَلَايَةِ في حَقِّهِ أَصْلًا وَلَوْ أَنْكَحَ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على الْإِجَازَةِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْعَقِدُ أَصْلًا وَالْمَسْأَلَةُ سَتَأْتِي في كِتَابِ الْبُيُوعِ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ وَهِيَ حُضُورُ الشُّهُودِ وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ في ثَلَاثِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ أَنَّ أَصْلَ الشَّهَادَةِ شَرْطُ جَوَازِ النِّكَاحِ أَمْ لَا

وَالثَّانِي في بَيَانِ صِفَاتِ الشَّاهِدِ الذي يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ وَقْتِ الشَّهَادَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فيه
قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ إنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطُ جَوَازِ النِّكَاحِ
وقال مَالِكٌ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَإِنَّمَا الشَّرْطُ هو الْإِعْلَانُ حتى لو عَقَدَ النِّكَاحَ وَشَرَطَ الْإِعْلَانَ جَازَ وَإِنْ لم يَحْضُرْهُ شُهُودٌ وَلَوْ حَضَرَتْهُ شُهُودٌ وَشَرَطَ عليهم الْكِتْمَانَ لم يَجُزْ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْإِشْهَادَ في سَائِرِ الْعُقُودِ ليس بِشَرْطٍ وَلَكِنَّهُ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَمُسْتَحَبٌّ قال اللَّهُ تَعَالَى في بَابِ الْمُدَايَنَةِ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } وَالْكِتَابَةُ لَا تَكُونُ لِنَفْسِهَا بَلْ للاشهاد وَنَصَّ عليه في قَوْلِهِ { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رِجَالِكُمْ } وقال عز وجل في بَابِ الرَّجْعَةِ { وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ }
وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ النِّكَاحَ إنَّمَا يَمْتَازُ عن السِّفَاحِ بِالْإِعْلَانِ فإن الزِّنَا يَكُونُ سِرًّا فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ عَلَانِيَةً
وقد رُوِيَ عن رسولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ نهى عن نِكَاحِ السِّرِّ وَالنَّهْيُ عن السِّرِّ يَكُونُ أَمْرًا بالاعلان لِأَنَّ النَّهْيَ عن الشَّيْءِ أَمْرٌ بِضِدِّهِ وَرُوِيَ عنه صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَلَوْ بِالدُّفِّ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ وَرُوِيَ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ
وَعَنْ عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال الزَّانِيَةُ التي تُنْكِحُ نَفْسَهَا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَلَوْ لم تَكُنْ الشَّهَادَةُ شَرْطًا لم

تَكُنْ زَانِيَةً بِدُونِهَا وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَسَّتْ إلَى دَفْعِ تُهْمَةِ الزِّنَا عنها وَلَا تَنْدَفِعُ إلَّا بِالشُّهُودِ لِأَنَّهَا لَا تَنْدَفِعُ إلَّا بِظُهُورِ النِّكَاحِ وَاشْتِهَارِهِ وَلَا يَشْتَهِرُ إلَّا بِقَوْلِ الشُّهُودِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الشَّهَادَةَ في النِّكَاحِ ما شُرِطَتْ إلَّا في النِّكَاحِ لِلْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ لِأَنَّ ذلك يَنْدَفِعُ بِالظُّهُورِ وَالِاشْتِهَارِ لِكَثْرَةِ الشُّهُودِ على النِّكَاحِ بِالسَّمَاعِ من الْعَاقِدَيْنِ وَبِالتَّسَامُعِ وَبِهَذَا فَارَقَ سَائِرَ الْعُقُودِ فإن الْحَاجَةَ إلَى الشَّهَادَةِ هُنَاكَ لِدَفْعِ احْتِمَالِ الشُّهُودِ النِّسْيَانَ أو الْجُحُودَ وَالْإِنْكَارَ في الثَّانِي إذْ ليس بَعْدَهَا ما يُشْهِرُهَا لِيَنْدَفِعَ بِهِ الْجُحُودُ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الدَّفْعِ بِالشَّهَادَةِ فَنُدِبَ إلَيْهَا وما رُوِيَ أَنَّهُ نهى عن نِكَاحِ السِّرِّ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِ لَكِنَّ نِكَاحَ السِّرِّ ما لم يَحْضُرْهُ شَاهِدَانِ فَأَمَّا ما حَضَرَهُ شَاهِدَانِ فَهُوَ نِكَاحُ عَلَانِيَةٍ لَا نِكَاحَ سِرٍّ إذْ السِّرُّ إذَا جَاوَزَ اثْنَيْنِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ سِرًّا قال الشَّاعِرُ وَسِرُّكَ ما كان عِنْدَ امرىء وَسِرُّ الثَّلَاثَةِ غَيْرُ الْخَفِي وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَعْلِنُوا النِّكَاحَ لِأَنَّهُمَا إذَا أَحْضَرَاهُ شَاهِدَيْنِ فَقَدْ أَعْلَنَاهُ وَقَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَلَوْ بِالدُّفِّ نَدْبٌ إلَى زِيَادَةِ إعلانه (((علانة))) وهو مَنْدُوبٌ إلَيْهِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَاتُ الشَّاهِدِ الذي يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ وَهِيَ شَرَائِطُ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ لِلنِّكَاحِ فَمِنْهَا الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحَضْرَةِ الْمَجَانِينَ وَالصِّبْيَانِ وَالْمَمَالِيكِ قِنًّا كان الْمَمْلُوكُ أو مُدَبَّرًا أو مُكَاتَبًا

من مَشَايِخِنَا من أَصَّلَ في هذا أَصْلًا فقال كُلُّ من صَلُحَ أَنْ يَكُونَ وَلِيًّا في النِّكَاحِ بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ يَصْلُحُ شَاهِدًا فيه وَإِلَّا فَلَا وَهَذَا الِاعْتِبَارُ صَحِيحٌ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ من بَابِ الْوَلَايَةِ لِأَنَّهَا تَنْفِيذُ الْقَوْلِ على الْغَيْرِ وَالْوَلَايَةُ هِيَ نَفَاذُ الْمَشِيئَةِ وَهَؤُلَاءِ ليس لهم وَلَايَةُ الإنكاح لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لهم على أَنْفُسِهِمْ فَكَيْفَ يَكُونُ لهم وَلَايَةٌ على غَيْرِهِمْ إلَّا الْمُكَاتَبَ فإنه يُزَوِّجُ أَمَتَهُ لَكِنْ لَا بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ بَلْ بِوَلَايَةِ مَوْلَاهُ بِتَسْلِيطِهِ على ذلك بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وكان التَّزْوِيجُ من الْمَوْلَى من حَيْثُ الْمَعْنَى فَلَا يَصْلُحُ شَاهِدًا

وَمِنْهُمْ من قال كُلُّ من يَمْلِكُ قَبُولَ عَقْدٍ بِنَفْسِهِ يَنْعَقِدُ ذلك الْعَقْدُ بِحُضُورِهِ وَمَنْ لَا فَلَا وَهَذَا الِاعْتِبَارُ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّ الشَّهَادَةَ من شَرَائِطِ رُكْنِ الْعَقْدِ وَرُكْنُهُ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَلَا وُجُودَ لِلرُّكْنِ بِدُونِ الْقَبُولِ فَكَمَا لَا وُجُودَ لِلرُّكْنِ بِدُونِ الْقَبُولِ حَقِيقَةً لَا وُجُودَ له شَرْعًا بِدُونِ الشَّهَادَةِ وَهَؤُلَاءِ لَا يَمْلِكُونَ قَبُولَ الْعَقْدِ بِأَنْفُسِهِمْ فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِمْ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُمْ لَيْسُوا من أَهْلِ الشَّهَادَةِ أَنَّ قَاضِيًا لو قَضَى بِشَهَادَتِهِمْ يَنْفَسِخُ قَضَاؤُهُ عليه

وَعَنْ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَصَّلَ فيه أَصْلًا وقال كُلُّ من جَازَ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ في قَوْلِ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ وَمَنْ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ عِنْدَ أَحَدٍ لَا يَجُوزُ بِحُضُورِهِ وَهَذَا الِاعْتِبَارُ صَحِيحٌ أَيْضًا لِأَنَّ الْحُضُورَ لِفَائِدَةِ الْحُكْمِ بها عِنْدَ الْأَدَاءِ فإذا جَازَ الْحُكْمُ بها في الْجُمْلَةِ كان الْحُضُورُ مُفِيدًا وَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَةِ هَؤُلَاءِ عِنْدَ الْبَعْضِ من الْفُقَهَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ قَاضِيًا لو قَضَى بِشَهَادَتِهِمْ يَنْفَسِخُ عليه قَضَاؤُهُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا الْإِسْلَامُ في نِكَاحِ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَةَ فَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَةَ بِشَهَادَةِ الْكُفَّارِ لِأَنَّ الْكَافِرَ ليس من أَهْلِ الْوَلَايَةِ على الْمُسْلِمِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } وَكَذَا لَا يَمْلِكُ الْكَافِرُ قَبُولَ نِكَاحِ الْمُسْلِمِ وَلَوْ قَضَى قَاضٍ بِشَهَادَتِهِ على الْمُسْلِمِ يُنْقَضُ قَضَاؤُهُ

وَأَمَّا الْمُسْلِمُ إذَا تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ فإنه يَجُوزُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ سَوَاءٌ كَانَا مُوَافِقَيْنِ لها في الْمِلَّةِ أو مُخَالِفَيْنِ وقال مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّةَ بِشَهَادَةِ الذِّمِّيَّيْنِ

أَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ فَهُوَ مَبْنِيٌّ على أَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ مَقْبُولَةٌ على أَصْلِنَا وَعَلَى أَصْلِهِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ

وَأَمَّا الْكَلَامُ مع مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ فإنهما احْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَالْمُرَادُ منه عَدَالَةُ الدِّينِ لَا عَدَالَةُ التَّعَاطِي لِإِجْمَاعِنَا على أَنَّ فِسْقَ التَّعَاطِي لَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ النِّكَاحِ وَلِأَنَّ الْإِشْهَادَ شَرْطُ جَوَازِ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ وُجُودُهُ بِالطَّرَفَيْنِ طَرَفُ الزَّوْجِ وَطَرَفُ الْمَرْأَةِ ولم يُوجَدْ الْإِشْهَادُ على الطَّرَفَيْنِ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْكَافِرِ حُجَّةٌ في حَقِّ الْكَافِرِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَكَانَتْ شَهَادَتُهُ في حَقِّهِ مُلْحَقَةً بِالْعَدَمِ فلم يُوجَدْ الْإِشْهَادُ في جَانِبِ الزَّوْجِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا سَمِعَا كَلَامَ الْمَرْأَةِ دُونَ كَلَامِ الرَّجُلِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لم يَكُنْ النِّكَاحُ كَذَا هذا

وَلَهُمَا عُمُومَاتُ النِّكَاحِ من الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ نحو قَوْله تَعَالَى { فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ }

وَقَوْلِهِ { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ }
وَقَوْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا وَقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم تَنَاكَحُوا وَغَيْرِ ذلك مُطْلَقًا عن غَيْرِ شَرْطٍ إلَّا أَنَّ أَهْلَ الشَّهَادَةِ وَإِسْلَامَ الشَّاهِدِ صَارَ شَرْطًا في نِكَاحِ الزَّوْجَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ فَمَنْ ادَّعَى كَوْنَهُ شَرْطًا في نِكَاحِ الْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّةَ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ
وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ وَرُوِيَ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من النَّفْيِ إثْبَاتٌ ظَاهِرٌ وَهَذَا نِكَاحٌ بِشُهُودٍ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن الْإِعْلَامِ وَالْبَيَانِ وَالْكَافِرُ من أَهْلِ الْإِعْلَامِ وَالْبَيَانِ لِأَنَّ ذلك يَقِفُ على الْعَقْلِ وَاللِّسَانِ وَالْعِلْمِ بِالْمَشْهُودِ بِهِ وقد وُجِدَ إلَّا أَنَّ شَهَادَتَهُ على الْمُسْلِمِ خُصَّتْ من عُمُومِ الحديث فَبَقِيَتْ شَهَادَتُهُ لِلْمُسْلِمِ دَاخِلَةً تَحْتَهُ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ من بَابِ الْوِلَايَةِ لِمَا بَيَّنَّا وَالْكَافِرُ الشَّاهِدُ يَصْلُحُ وَلِيًّا في هذا الْعَقْدِ بِوِلَايَةِ نَفْسِهِ وَيَصْلُحُ قَابِلًا لِهَذَا الْعَقْدِ بِنَفْسِهِ فيه صَلُحَ شَاهِدًا وَكَذَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ هذه لِلْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ مَحَلُّ الِاجْتِهَادِ على ما نَذْكُرُ وَلَوْ قَضَى لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ فَيَنْفُذُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ قِيلَ أنه ضَعِيفٌ وَلَئِنْ ثَبَتَ فَنَحْمِلُهُ على نَفْيِ النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ الْعَقْدُ خَلَا عن الْإِشْهَادِ في جَانِبِ الزَّوْجِ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْكَافِرِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَنَقُولُ شَهَادَةُ الْكَافِرِ إنْ لم تَصْلُحْ حُجَّةً لِلْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ فَتَصْلُحُ حُجَّةً لِلْمُسْلِمِ على الْكَافِرِ لِأَنَّهَا إنَّمَا لَا تَصْلُحُ حُجَّةً على الْمُسْلِمِ لِأَنَّهَا من بَابِ الْوِلَايَةِ وفي جَعْلِهَا حُجَّةً على الْمُسْلِمِ إثْبَاتُ الْوِلَايَةِ لِلْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَهَذَا الْمَعْنَى لم يُوجَدْ هَهُنَا لِأَنَّا إذَا جَعَلْنَاهَا حُجَّةً لِلْمُسْلِمِ ما كان فيه إثْبَاتُ الْوِلَايَةِ لِلْكَافِرِ وَهَذَا جَائِزٌ على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا قَوْلَهُ ليس بِحُجَّةٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ لَكِنَّ حُضُورَهُ على أَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةً ليس بِشَرْطِ لِانْعِقَادِ النِّكَاحِ فإنه يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ من لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عليه على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَهَلْ يَظْهَرُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّةَ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ عِنْدَ الدَّعْوَى يُنْظَرُ في ذلك إنْ كانت الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدَّعِيَةُ لِلنِّكَاحِ على الْمُسْلِمِ وَالْمُسْلِمُ مُنْكِرٌ لَا يَظْهَرُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هذه شَهَادَةُ الْكَافِرِ على الْمُسْلِمِ وَإِنَّهَا غَيْرُ مَقْبُولَةٍ وَإِنْ كان الزَّوْجُ هو الْمُدَّعِي وَالْمَرْأَةُ مُنْكِرَةً فَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَظْهَرُ سَوَاءً قال الشَّاهِدَانِ كان مَعَنَا عِنْدَ الْعَقْدِ رَجُلَانِ مُسْلِمَانِ أو لم يَقُولَا ذلك
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ على أَصْلِ مُحَمَّدٍ
قال بَعْضُهُمْ يَظْهَرُ كما قَالَا
وقال بَعْضُهُمْ لَا يَظْهَرُ سَوَاءً قَالَا كان مَعَنَا رَجُلَانِ مُسْلِمَانِ أو لم يَقُولَا ذلك وهو الصَّحِيحُ من مَذْهَبِهِ
وَوَجْهُهُ أَنَّ هذه شَهَادَةٌ قَامَتْ على نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَعَلَى إثْبَاتِ فِعْلِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُمَا إنْ شَهِدَا على نِكَاحٍ حَضَرَاهُ فَقَطْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّ هذه شَهَادَةٌ على نِكَاحٍ فَاسِدٍ عِنْدَهُ وَإِنْ شَهِدَا على أَنَّهُمَا حَضَرَاهُ وَمَعَهُمَا رَجُلَانِ مُسْلِمَانِ لَا تُقْبَلُ أَيْضًا لِأَنَّ هذه إنْ كانت شَهَادَةَ الْكَافِرِ على الْكَافِرِ لَكِنْ فيها إثْبَاتُ فِعْلِ الْمُسْلِمِ فَيَكُونُ شَهَادَةً على مُسْلِمٍ فَلَا تُقْبَلُ كَمُسْلِمٍ ادَّعَى عَبْدًا في يَدِ ذِمِّيٍّ فَجَحَدَ الذِّمِّيُّ دَعْوَى الْمُسْلِمِ وَزَعَمَ أَنَّ الْعَبْدَ عَبْدُهُ فَأَقَامَ الْمُسْلِمُ شاهدين (((بشاهدين))) ذِمِّيَّيْنِ على أَنَّ الْعَبْدَ عَبْدُهُ وَقَضَى له بِهِ على

هذا الذِّمِّيِّ قَاضٍ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا وَإِنْ كان هذا شَهَادَةَ الْكَافِرِ على الْكَافِرِ لَكِنْ لَمَّا كان فيها إثْبَاتُ فِعْلِ الْمُسْلِمِ بِشَهَادَةِ الْكَافِرِ وهو قَضَاءُ الْقَاضِي لم تُقْبَلْ كَذَا هذا
وَجْهُ الْكَلَامِ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في جَانِبِ الِاعْتِقَادِ أَنَّ الشَّهَادَةَ من بَابِ الْوَلَايَةِ وَلِلْكَافِرِ وَلَايَةٌ على الْكَافِرِ وَلَوْ كان الشَّاهِدَانِ وَقْتَ التَّحَمُّلِ كَافِرَيْنِ وَوَقْتَ الْأَدَاءِ مُسْلِمَيْنِ فَشَهِدَا لِلزَّوْجِ فَعَلَى أَصْلِهِمَا لَا يُشْكِلُ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا لو كَانَا في الْوَقْتَيْنِ جميعا كَافِرَيْنِ تُقْبَلُ فَهَهُنَا أَوْلَى
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ على أَصْلِ مُحَمَّدٍ
قال بَعْضُهُمْ تُقْبَلُ
وقال بَعْضُهُمْ لَا تُقْبَلُ
فَمَنْ قال تُقْبَلُ نَظَرَ إلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ وَمَنْ قال لَا تُقْبَلُ نَظَرَ إلَى وَقْتِ التَّحَمُّلِ

فَصْلٌ وَمِنْهَا سَمَاعُ الشَّاهِدَيْنِ كَلَامَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ جميعا حتى لو سَمِعَا كَلَامَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ أو سمع أَحَدُهُمَا كَلَامَ أَحَدِهِمَا وَالْآخَرُ كَلَامَ الْآخَرِ لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ أَعْنِي حُضُورَ الشُّهُودِ شَرْطُ رُكْنِ الْعَقْدِ وَرُكْنُ الْعَقْدِ هو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فِيمَا لم يَسْمَعَا كَلَامَهُمَا لَا تَتَحَقَّقُ الشَّهَادَةُ عند الرُّكْنِ فَلَا يُوجَدُ شَرْطُ الرُّكْنِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الْعَدَدُ فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ لِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ
وَقَوْلِهِ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ
وَأَمَّا عَدَالَةُ الشَّاهِدِ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ النِّكَاحِ عِنْدَنَا فَيَنْعَقِدُ بِحُضُورِ الْفَاسِقَيْنِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ وَلَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِحُضُورِ من ظَاهِرُهُ الْعَدَالَةُ
وَاحْتَجَّ بِمَا روى عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ خَبَرٌ يُرَجَّحُ فيه جَانِبُ الصِّدْقِ على جَانِبِ الْكَذِبِ وَالرُّجْحَانُ إنَّمَا يَثْبُتُ بِالْعَدَالَةِ
وَلَنَا أَنَّ عُمُومَاتِ النِّكَاحِ مُطْلَقَةٌ عن شَرْطٍ ثُمَّ اشْتِرَاطُ أَصْلِ الشَّهَادَةِ بِصِفَاتِهَا الْمُجْمَعِ عليها ثَبَتَتْ بِالدَّلِيلِ فَمَنْ ادَّعَى شَرْطَ الْعَدَالَةِ فَعَلَيْهِ الْبَيَانُ وَلِأَنَّ الْفِسْقَ لَا يَقْدَحُ في وَلَايَةِ الْإِنْكَاحِ بِنَفْسِهِ لِمَا ذَكَرْنَا في شَرَائِطِ الْوَلَايَةِ وَكَذَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ في الْجُمْلَةِ وَلَوْ حَكَمَ لَا يُنْقَضُ حُكْمُهُ لِأَنَّهُ مَحَلُّ الِاجْتِهَادِ فَكَانَ من أَهْلِ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ وَالْفِسْقُ لَا يَقْدَحُ في أَهْلِيَّةِ التَّحَمُّلِ وَإِنَّمَا يَقْدَحُ في الْأَدَاءِ فَيَظْهَرُ أَثَرُهُ في الْأَدَاءِ لَا في الِانْعِقَادِ وقد ظَهَرَ حتى لَا يَجِبُ على الْقَاضِي الْقَضَاءُ بِشَهَادَتِهِ وَلَا يَجُوزُ أَيْضًا إلَّا إذَا تَحَرَّى الْقَاضِي الصِّدْقَ في شَهَادَتِهِ وَكَذَا كَوْنُ الشَّاهِدِ غير مَحْدُودٍ في الْقَذْفِ ليس بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ النِّكَاحِ فَيَنْعَقِدُ بِحُضُورِ الْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ غير أَنَّهُ إنْ كان قد تَابَ بعدما حُدَّ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْإِجْمَاعِ
وَإِنْ كان لم يَتُبْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَنَا على التَّأْبِيدِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لِأَنَّ كَوْنَهُ مَرْدُودَ الشَّهَادَةِ على التَّأْبِيدِ يَقْدَحُ في الْأَدَاءِ لَا في التَّحَمُّلِ وَلِأَنَّهُ يَصْلُحُ وَلِيًّا في النِّكَاحِ بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ وَيَصِحُّ الْقَبُولُ منه بِنَفْسِهِ وَيَجُوزُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَتِهِ في

الْجُمْلَةِ فَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ وَإِنْ حُدَّ ولم يَتُبْ أو لم يَتُبْ ولم يُحَدَّ يَنْعَقِدُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهِيَ مَسْأَلَةُ شَهَادَةِ الْفَاسِقِ
وَكَذَا بَصَرُ الشَّاهِدِ ليس بِشَرْطٍ فَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِ الْأَعْمَى لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ الْعَمَى لَا يَقْدَحُ إلَّا في الْأَدَاءِ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ بين الْمَشْهُودِ عليه وَبَيْنَ الْمَشْهُودِ له أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَقْدَحُ في وَلَايَةِ الْإِنْكَاحِ وَلَا في قَبُولِ النِّكَاحِ بِنَفْسِهِ وَلَا في الْمَنْعِ من جَوَازِ الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ في الْجُمْلَةِ فَكَانَ من أَهْلِ أَنْ يَنْعَقِدَ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ وَكَذَا ذُكُورَةُ الشَّاهِدَيْنِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ وَلَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ وَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ
وَكَذَا إسْلَامُ الشَّاهِدَيْنِ ليس بِشَرْطٍ في نِكَاحِ الْكَافِرَيْنِ فَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الزَّوْجَيْنِ الْكَافِرَيْنِ بِشَهَادَةِ كَافِرَيْنِ وَكَذَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ سَوَاءٌ اتَّفَقَتْ مِلَلُهُمْ أو اخْتَلَفَتْ وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إسْلَامُ الشَّاهِدِ شَرْطٌ لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْكَافِرِ بِشَهَادَةِ الْكَافِرِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ أَيْضًا وَالْكَلَامُ في الْقَبُولِ نَذْكُرهُ في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَنَتَكَلَّمُ هَهُنَا في انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِشَهَادَتِهِ
وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِالْمَرْوِيِّ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَلَا عَدَالَةَ مع الْكُفْرِ لِأَنَّ الْكُفْرَ أَعْظَمُ الظُّلْمِ وَأَفْحَشُهُ فَلَا يَكُونُ الْكَافِرُ عَدْلًا فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِهِ
وَلَنَا قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ
وَقَوْلُهُ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ وَالِاسْتِثْنَاءُ من النَّفْيِ إثْبَاتٌ من حَيْثُ الظَّاهِرِ وَالْكُفْرُ لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ شَاهِدًا لِمَا ذَكَرْنَا وَكَذَا لَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ وَلِيًّا في النِّكَاحِ بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ وَلَا قَابِلًا لِلْعَقْدِ بِنَفْسِهِ وَلَا جَوَازَ لِلْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ في الْجُمْلَةِ وَكَذَا كَوْنُ شَاهِدِ النِّكَاحِ مَقْبُولَ الشَّهَادَةِ عليه ليس بِشَرْطٍ لِانْعِقَادِ النِّكَاحِ بِحُضُورِهِ وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِحُضُورِ من لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عليه أَصْلًا كما إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَهَادَةِ ابْنَيْهِ منها وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْعَقِدُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الشَّهَادَةَ في بَابِ النِّكَاحِ لِلْحَاجَةِ إلَى صِيَانَتِهِ عن الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ وَالصِّيَانَةُ لَا تَحْصُلُ إلَّا بِالْقَبُولِ فإذا لم يَكُنْ مَقْبُولَ الشَّهَادَةِ لَا تَحْصُلُ الصِّيَانَةُ وَلَنَا أَنَّ

الِاشْتِهَارَ في النِّكَاحِ لِدَفْعِ تُهْمَةِ الزِّنَا لَا لِصِيَانَةِ الْعَقْدِ عن الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ وَالتُّهْمَةُ تَنْدَفِعُ بِالْحُضُورِ من غَيْرِ قَبُولٍ على أَنَّ مَعْنَى الصِّيَانَةِ يَحْصُلُ بِسَبَبِ حُضُورِهِمَا وَإِنْ كان لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّ النِّكَاحَ يَظْهَرُ وَيَشْتَهِرُ بِحُضُورِهِمَا فإذا ظهور (((ظهر))) وَاشْتَهَرَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ فيه بِالتَّسَامُعِ فَتَحْصُلُ الصِّيَانَةُ
وَكَذَا إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَهَادَةِ ابْنَيْهِ لَا منها أو ابْنَيْهَا لَا منه يَجُوزُ لِمَا قُلْنَا ثُمَّ عِنْدَ وُقُوعِ الْجَحْدِ وَالْإِنْكَارِ يُنْظَرُ إنْ وَقَعَتْ شَهَادَتُهُمَا لِوَاحِدٍ من الْأَبَوَيْنِ لَا تُقْبَلُ وَإِنْ وَقَعَتْ عليه تُقْبَلُ لِأَنَّ شَهَادَةَ الِابْنِ لِأَبَوَيْهِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ وَشَهَادَتَهُمَا عليه مَقْبُولَةٌ

وَلَوْ زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ من رَجُلٍ بِشَهَادَةِ ابْنَيْهِ وَهُمَا أَخَوَا الْمَرْأَةِ فَلَا يُشَكُّ أَنَّهُ يَجُوزُ النِّكَاحُ وإذا وَقَعَ الْجُحُودُ بين الزَّوْجَيْنِ فَإِنْ كان الْأَبُ مع الْجَاحِدِ مِنْهُمَا أَيُّهُمَا كان تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّ هذه شَهَادَةٌ على الْأَبِ فَتُقْبَلُ وَإِنْ كان الْأَبُ مع الْمُدَّعِي مِنْهُمَا أَيُّهُمَا كان لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تُقْبَلُ فَأَبُو يُوسُفَ نَظَرَ إلَى الدَّعْوَى وَالْإِنْكَارِ فقال إذَا كان الْأَبُ مع الْمُنْكِرِ فَشَهَادَتُهُمَا تَقَعُ على الْأَبِ فَتُقْبَلُ وإذا كان مع الْمُدَّعِي فَشَهَادَتُهُمَا تَقَعُ لِلْأَبِ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ كان من الْأَبِ فَلَا تُقْبَلُ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَ إلَى الْمَنْفَعَةِ وَعَدَمِ الْمَنْفَعَةِ فقال إنْ كان لِلْأَبِ مَنْفَعَةٌ لَا تُقْبَلُ سَوَاءً كان مُدَّعِيًا أو مُنْكِرًا وَإِنْ لم يَكُنْ له مَنْفَعَةٌ تُقْبَلُ وَهَهُنَا لَا مَنْفَعَةَ لِلْأَبِ فَتُقْبَلُ وَالصَّحِيحُ نَظَرُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْقَبُولِ هو التُّهْمَةُ وَإِنَّهَا تَنْشَأُ عن النَّفْعِ

وَكَذَلِكَ هذا الِاخْتِلَافُ فِيمَا إذَا قال رَجُلٌ لِعَبْدِهِ إنْ كَلَّمَك زَيْدٌ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ قال الْعَبْدُ كَلَّمَنِي زَيْدٌ وَأَنْكَرَ الْمَوْلَى فَشَهِدَ لِلْعَبْدِ ابْنَا زَيْدٍ أَنَّ أَبَاهُمَا قد كَلَّمَهُ وَالْمَوْلَى يُنْكِرُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا في قَوْلِ مُحَمَّدٍ سَوَاءٌ كان زَيْدٌ يَدَّعِي الْكَلَامَ أو لَا يَدَّعِي لِأَنَّهُ لَا مَنْفَعَةَ لِزَيْدٍ في الْكَلَامِ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ إنْ كان زَيْدٌ يَدَّعِي الْكَلَامَ لَا تُقْبَلُ وَإِنْ كان لَا يَدَّعِي تُقْبَلُ وَكَذَلِكَ هذا الِاخْتِلَافُ فِيمَنْ تَوَكَّلَ عن غَيْرِهِ في عَقْدٍ ثُمَّ شَهِدَ ابْنَا الْوَكِيلِ على الْعَقْدِ فَإِنْ كان حُقُوقُ الْعَقْدِ لَا تَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ سَوَاءً ادَّعَى الْوَكِيلُ أو لم يَدَّعِ لِأَنَّهُ ليس فيه مَنْفَعَةٌ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ إنْ كان يَدَّعِي لَا تُقْبَلُ وَإِنْ كان مُنْكِرًا تُقْبَلُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ وَقْتِ هذه الشَّهَادَةِ وَهِيَ حُضُورُ الشُّهُودِ فَوَقْتُهَا وَقْتُ وُجُودِ رُكْنِ الْعَقْدِ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَا وَقْتُ وُجُودِ الْإِجَازَةِ حتى لو كان الْعَقْدُ مَوْقُوفًا على الْإِجَازَةِ فَحَضَرُوا عَقْدَ الْإِجَازَةِ ولم يَحْضُرُوا عِنْدَ الْعَقْدِ لم تَجُزْ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطُ رُكْنِ الْعَقْدِ فَيُشْتَرَطُ وُجُودُهَا عِنْدَ الرُّكْنِ وَالْإِجَازَةُ لَيْسَتْ بِرُكْنٍ بَلْ هِيَ شَرْطُ النَّفَاذِ في الْعَقْدِ الْمَوْقُوفِ وَعِنْدَ وُجُودِ الْإِجَازَةِ يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِالْعَقْدِ من حِينِ وُجُودِهِ فَتُعْتَبَرُ الشَّهَادَةُ في ذلك الْوَقْتِ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُحَلَّلَةً وَهِيَ أَنْ لَا تَكُونَ مُحَرَّمَةً على التَّأْبِيدِ فَإِنْ كانت مُحَرَّمَةً على التَّأْبِيدِ فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا لِأَنَّ الْإِنْكَاحَ إحْلَالٌ وَإِحْلَالُ الْمُحَرَّمِ على التَّأْبِيدِ مُحَالٌ وَالْمُحَرَّمَاتُ على التَّأْبِيدِ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ مُحَرَّمَاتٌ بِالْقَرَابَةِ وَمُحَرَّمَاتٌ بِالْمُصَاهَرَةِ وَمُحَرَّمَاتٌ بِالرَّضَاعِ

أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَالْمُحَرَّمَاتُ بِالْقَرَابَةِ سَبْعُ فِرَقٍ الْأُمَّهَاتُ وَالْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ قال اللَّهُ تَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ } الْآيَةَ

أَخْبَرَ اللَّهُ تَعَالَى عن تَحْرِيمِ هذه الْمَذْكُورَاتِ فَإِمَّا أَنْ يُعْمَلَ بِحَقِيقَةِ هذا الْكَلَامِ حَقِيقَةً وَيُقَالُ بِحُرْمَةِ الْأَعْيَانِ كما هو مَذْهَبُ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ وَهِيَ مَنْعُ اللَّهِ تَعَالَى الْأَعْيَانَ عن تَصَرُّفِنَا فيها بِإِخْرَاجِهَا من أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِذَلِكَ شَرْعًا وهو التَّصَرُّفُ الذي يُعْتَادُ إيقَاعُهُ في جِنْسِهَا وهو الِاسْتِمْتَاعُ وَالنِّكَاحُ

وأما أَنْ يُضْمَرَ فيه الْفِعْلُ وهو الِاسْتِمْتَاعُ وَالنِّكَاحُ في تَحْرِيمِ كل مِنْهُمَا تَحْرِيمَ الْآخَرِ لِأَنَّهُ إذَا حُرِّمَ الِاسْتِمْتَاعُ وهو الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لم يَكُنْ النِّكَاحُ مُفِيدًا لِخُلُوِّهِ عن الْعَاقِبَةِ الْحَمِيدَةِ فَكَانَ تَحْرِيمُ الِاسْتِمْتَاعِ تَحْرِيمًا لِلنِّكَاحِ وإذا حُرِّمَ النِّكَاحُ وَأَنَّهُ شُرِعَ وَسِيلَةً إلَى الِاسْتِمْتَاعِ وَالِاسْتِمْتَاعُ هو الْمَقْصُودُ فَكَانَ تَحْرِيمُ الْوَسِيلَةِ تَحْرِيمًا لِلْمَقْصُودِ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى

وإذا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ يُحَرَّمُ على الرَّجُلِ أُمُّهُ بِنَصِّ الْكِتَابِ وهو قَوْله تَعَالَى

{ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ } وَتُحَرَّمُ عليه جَدَّاتُهُ من قِبَلِ أبيه وَأُمِّهِ وَإِنْ عَلَوْنَ بِدَلَالَةِ النَّصِّ

(2/256)

لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ وَهُنَّ أَوْلَادُ الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ فَكَانَتْ الْجَدَّاتُ أَقْرَبَ مِنْهُنَّ فَكَانَ تَحْرِيمُهُنَّ تَحْرِيمًا لِلْجَدَّاتِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى كَتَحْرِيمِ للتأفيفِ (((التأفيف))) نَصًّا يَكُونُ تَحْرِيمًا لِلشَّتْمِ وَالضَّرْبِ دَلَالَةً وَعَلَيْهِ إجْمَاعُ الْأُمَّةِ أَيْضًا وَتُحَرَّمُ عليه بَنَاتُهُ بِالنَّصِّ وهو قَوْله تَعَالَى { وَبَنَاتُكُمْ } سَوَاءً كانت بِنْتَهُ من النِّكَاحِ أو من السِّفَاحِ لِعُمُومِ النَّصِّ
وقال الشَّافِعِيُّ لَا تُحَرَّمُ عليه الْبِنْتُ من السِّفَاحِ لِأَنَّ نَسَبَهَا لم يَثْبُتْ منه فَلَا تَكُونُ مُضَافَةً إلَيْهِ شَرْعًا فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ نَصِّ الْإِرْثِ وَالنَّفَقَةِ في قَوْله تَعَالَى { يُوصِيكُمْ اللَّهُ في أَوْلَادِكُمْ }
وفي قَوْله تَعَالَى { وَعَلَى الْمَوْلُودِ له رِزْقُهُنَّ } كَذَا هَهُنَا وَلِأَنَّا نَقُولُ بِنْتُ الْإِنْسَانِ اسْمٌ لِأُنْثَى مَخْلُوقَةٍ من مَائِهِ حَقِيقَةً وَالْكَلَامُ فيه فَكَانَتْ بِنْتَهُ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْإِضَافَةُ شَرْعًا إلَيْهِ لِمَا فيه من إشَاعَةِ الْفَاحِشَةِ وَهَذَا لَا يَنْفِي النِّسْبَةَ الْحَقِيقِيَّةَ لِأَنَّ الْحَقَائِقَ لَا مَرَدَّ لها وَهَكَذَا نَقُولُ في الأرث وَالنَّفَقَةِ أن النِّسْبَةَ الْحَقِيقِيَّةَ ثَابِتَةٌ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَ هُنَاكَ ثُبُوتَ النَّسَبِ شَرْعًا لِجَرَيَانِ الْإِرْثِ وَالنَّفَقَةِ لِمَعْنًى
وَمَنْ ادَّعَى ذلك هَهُنَا فَعَلَيْهِ الْبَيَانُ وَتُحَرَّمُ بَنَاتُ بَنَاتِهِ وَبَنَاتُ أَبْنَائِهِ وَإِنْ سَفَلْنَ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لِأَنَّهُنَّ أَقْرَبُ من بَنَاتِ الْأَخِ وَبَنَاتِ الْأُخْتِ وَمِنْ الْأَخَوَاتِ أَيْضًا لِأَنَّ الْأَخَوَاتِ أَوْلَادُ أبيه وَهُنَّ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ فَكَانَ ذِكْرُ الْحُرْمَةِ هُنَاكَ ذِكْرًا لِلْحُرْمَةِ هَهُنَا دَلَالَةً وَعَلَيْهِ إجْمَاعُ الْأُمَّةِ أَيْضًا وَتُحَرَّمُ عليه أَخَوَاتُهُ وَعَمَّاتُهُ وَخَالَاتُهُ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُهُ عز وجل { وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ } سَوَاءٌ كُنَّ لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ أو لِأُمٍّ لِإِطْلَاقِ اسْمِ الْأُخْتِ وَالْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ وَيُحَرَّمُ عليه عَمَّةُ أبيه وَخَالَتُهُ لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ أو لِأُمٍّ وَعَمَّةُ أُمِّهِ وَخَالَتُهُ لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ أو لِأُمٍّ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا عَمَّةُ جَدِّهِ وَخَالَتُهُ وَعَمَّةُ خَالَتِهِ وَخَالَتُهَا لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ أو لِأُمٍّ تُحَرَّمُ بِالْإِجْمَاعِ وَتُحَرَّمُ عليه بَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ بِالنَّصِّ وهو قَوْله تَعَالَى { وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ } وَإِنْ سَفَلْنَ بِالْإِجْمَاعِ
وَمِنْهُمْ من قال إنَّ حُرْمَةَ الْجَدَّاتِ وَبَنَاتِ الْبَنَاتِ وَنَحْوِهِنَّ مِمَّنْ ذَكَرْنَا يَثْبُتُ بِالنَّصِّ أَيْضًا لِانْطِلَاقِ الِاسْمِ عَلَيْهِنَّ فإن جَدَّةَ الْإِنْسَانِ تُسَمَّى أُمًّا له وَبِنْتَ بِنْتِهِ تُسَمَّى بِنْتًا له فَكَانَتْ حُرْمَتُهُنَّ ثَابِتَةً بِعَيْنِ النَّصِّ لَكِنْ هذا لَا يَصِحُّ إلَّا على قَوْلِ من يقول يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ الْحَقِيقَةُ وَالْمَجَازُ من لَفْظٍ وَاحِدٍ إذَا لم يَكُنْ بين حُكْمَيْهِمَا مُنَافَاةٌ لِأَنَّ إطْلَاقَ اسْمِ الْأُمِّ على الْجَدَّةِ وَإِطْلَاقَ اسْمِ الْبِنْتِ على بِنْتِ الْبِنْتِ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ
أَلَا تَرَى أَنَّ من نَفَى اسْمَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ عنهما كان صَادِقًا في النَّفْيِ وَهَذَا من الْعَلَامَاتِ التي يُفَرَّقُ بها بين الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ وقد ظَهَرَ أَمْرُ هذه التَّفْرِقَةِ في الشَّرْعِ أَيْضًا حتى أن من قال لِرَجُلٍ لَسْتَ أنت بِابْنِ فُلَانٍ لجدة لَا يَصِيرُ قَاذِفًا له حتى لَا يُؤْخَذَ بِالْحَدِّ وَلِأَنَّ نكح (((نكاح))) هَؤُلَاءِ يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَخْلُو عن مُبَاسَطَاتٍ تَجْرِي بين الزَّوْجَيْنِ عَادَةً وَبِسَبَبِهَا تَجْرِي الْخُشُونَةُ بَيْنَهُمَا وَذَلِكَ يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ فَكَانَ النِّكَاحُ سَبَبًا لِقَطْعِ الرَّحِمِ

مُفْضِيًا إلَيْهِ وَقَطْعُ الرَّحِمِ حَرَامٌ وَالْمُفْضِي إلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ وَهَذَا الْمَعْنَى يَعُمُّ الْفِرَقَ السَّبْعِ لِأَنَّ قَرَابَتَهُنَّ مُحَرَّمَةُ الْقَطْعِ وَاجِبَةُ الْوَصْلِ وَيَخْتَصُّ الْأُمَّهَاتُ بِمَعْنًى آخَرَ وهو أَنَّ احْتِرَامَ الْأُمِّ وَتَعْظِيمَهَا وَاجِبٌ وَلِهَذَا أُمِرَ الْوَلَدُ بِمُصَاحَبَةِ الْوَالِدَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ وَخَفْضِ الْجَنَاحِ لَهُمَا وَالْقَوْلِ الْكَرِيمِ ونهى عن التَّأْفِيفِ لَهُمَا فَلَوْ جَازَ النِّكَاحُ وَالْمَرْأَةُ تَكُونُ تَحْتَ أَمْرِ الزَّوْجِ وَطَاعَتُهُ وَخِدْمَتُهُ مُسْتَحَقَّةٌ عليها لَلَزِمَهَا ذلك وَأَنَّهُ يَنْفِي الِاحْتِرَامَ فَيُؤَدِّي إلَى التَّنَاقُضِ وَتَحِلُّ له بِنْتُ الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ وَبِنْتُ الْعَمِّ وَالْخَالِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ الْمُحَرَّمَاتِ في آيَةِ التَّحْرِيمِ ثُمَّ أَخْبَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنَّهُ أَحَلَّ ما وَرَاءَ ذلك بِقَوْلِهِ { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالِ وَالْخَالَاتِ لم يُذْكَرْنَ في الْمُحَرَّمَاتِ فَكُنَّ مِمَّا وَرَاءَ ذلك فَكُنَّ مُحَلَّلَاتٍ

وَكَذَا عُمُومَاتُ النِّكَاحِ لَا تُوجِبُ الْفَصْلَ ثُمَّ خُصَّ عنها الْمُحَرَّمَاتُ الْمَذْكُورَاتُ في آيَةِ التَّحْرِيمِ فَبَقِيَ غَيْرُهُنَّ تَحْتَ الْعُمُومِ وقد وَرَدَ نَصٌّ خَاصٌّ في الْبَابِ وهو قَوْله تَعَالَى { يا أَيُّهَا النبي إنَّا أَحْلَلْنَا لك أَزْوَاجَك } إلَى قَوْلِهِ عز وجل { وَبَنَاتِ عَمِّك وَبَنَاتِ عَمَّاتِك وَبَنَاتِ خَالِك وَبَنَاتِ خَالَاتِك اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَك } الْآيَةَ

وَالْأَصْلُ فِيمَا يَثْبُتُ لِلنَّبِيِّ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْ يَثْبُتَ لِأُمَّتِهِ وَالْخُصُوصُ بِدَلِيلٍ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

فَصْلٌ وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي فَالْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ أَرْبَعُ فِرَقٍ الْفِرْقَةُ الْأُولَى أُمُّ الزَّوْجَةِ وَجَدَّاتُهَا من قِبَلِ أَبِيهَا وَأُمِّهَا وَإِنْ عَلَوْنَ فَيُحَرَّمُ على الرَّجُلِ أُمُّ زَوْجَتِهِ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وهو قَوْلُهُ عز وجل { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ } مَعْطُوفًا

على قَوْلِهِ عز وجل { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ } سَوَاءً كان دخل بِزَوْجَتِهِ أو كان لم يَدْخُلْ بها عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال مَالِكٌ وَدَاوُد الْأَصْفَهَانِيُّ وَمُحَمَّدُ بن شُجَاعٍ الْبَلْخِيّ وَبِشْرٌ الْمَرِيسِيِّ أن أُمَّ الزَّوْجَةِ لَا تُحَرَّمُ على الزَّوْجِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ما لم يَدْخُلْ بِبِنْتِهَا حتى أن من تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها أو مَاتَتْ لَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعِنْدَهُمْ يَجُوزُ

وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بين الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

رُوِيَ عن عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَزَيْدِ بن ثَابِتٍ وَعِمْرَانَ بن حُصَيْنٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلُ قَوْلِ الْعَامَّةِ

وروى عن عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ وَجَابِرٍ رضي اللَّهُ عنهما مِثْلُ قَوْلِهِمْ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن عَلِيٍّ وَزَيْدِ بن ثَابِتٍ

وَعَنْ زَيْدِ بن ثَابِتٍ أَنَّهُ فَصَلَ بين الطَّلَاقِ وَالْمَوْتِ قال في الطَّلَاقِ مِثْلُ قَوْلِهِمَا وفي الْمَوْتِ مِثْلُ قَوْلِ الْعَامَّةِ وَجَعَلَ الْمَوْتَ كَالدُّخُولِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الدُّخُولِ في حَقِّ الْمَهْرِ وَكَذَا في حَقِّ التَّحْرِيمِ احْتَجُّوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ من نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ } ذَكَرَ أُمَّهَاتِ النِّسَاءِ وَعَطَفَ رَبَائِبَ النِّسَاءِ عَلَيْهِنَّ في التَّحْرِيمِ بِحَرْفِ الْعَطْفِ ثُمَّ عَقَّبَ الْجُمْلَتَيْنِ بِشَرْطِ الدُّخُولِ وَالْأَصْلُ أَنَّ الشَّرْطَ الْمَذْكُورَ وَالِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى عَقِيبَ جُمَلٍ مَعْطُوفٌ بَعْضُهَا على بَعْضٍ بِحَرْفِ الْعَطْفِ كُلُّ جُمْلَةٍ مُبْتَدَأً

وَخَبَرُهُ يَنْصَرِفُ إلَى الْكُلِّ لَا إلَى ما يَلِيهِ خَاصَّةً كَمَنْ قال عَبْدُهُ حُرٌّ وَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ حَجُّ بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى إنْ فَعَلَ كَذَا أو قال إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَهَذَا كَذَلِكَ فَيَنْصَرِفُ شَرْطُ الدُّخُولِ إلَى الْجُمْلَتَيْنِ جميعا فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِدُونِهِ وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ } كَلَامٌ تَامٌّ بِنَفْسِهِ مُنْفَصِلٌ عن الْمَذْكُورِ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرٌ إذْ هو مَعْطُوفٌ على ما تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ من قَوْلِهِ { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ }

إلَى قَوْلِهِ عز وجل { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ } وَالْمَعْطُوفُ يُشَارِكُ الْمَعْطُوفَ عليه في خَبَرِهِ وَيَكُونُ خَبَرُ الْأَوَّلِ خَبَرًا لِلثَّانِي كَقَوْلِهِ جَاءَنِي زَيْدٌ وَعَمْرٌو مَعْنَاهُ جَاءَنِي عَمْرٌو فَكَانَ مَعْنَى قَوْله تَعَالَى { وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ } أَيْ وَحُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَأَنَّهُ مُطْلَقٌ عن شَرْطِ الدُّخُولِ فَمَنْ ادَّعَى أَنَّ الدُّخُولَ الْمَذْكُورَ في آخِرِ الْكَلِمَاتِ مُنْصَرِفٌ إلَى الْكُلِّ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ

وروى عن عبد اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال إذَا نَكَحَ الرَّجُلُ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل أَنْ يَدْخُلَ بها فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَتَهَا وَلَيْسَ له أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُمَّ وَهَذَا نَصٌّ في الْمَسْأَلَتَيْنِ

وَعَنْ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ قال قال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَطَلَّقَهَا قبل أَنْ يَدْخُلَ بها أو مَاتَتْ عِنْدَهُ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنْتَهَا وَأَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَطَلَّقَهَا قبل أَنْ يَدْخُلَ بها أو مَاتَتْ عِنْدَهُ فَلَا يَحِلُّ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا وَهَذَا نَصٌّ في الْمَسْأَلَتَيْنِ وَعَنْ عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال في هذه الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ أَبْهَمُوا ما أَبْهَمَ اللَّهُ تَعَالَى أَيْ أَطْلَقُوا ما أَطْلَقَ اللَّهُ تَعَالَى وَكَذَا روى عن عِمْرَانَ بن حُصَيْنٍ أَنَّهُ قال الْآيَةُ مُبْهَمَةٌ أَيْ مُطْلَقَةٌ لَا يُفْصَلُ بين الدُّخُولِ وَعَدَمِهِ وما رُوِيَ عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه فَقَدْ رُوِيَ الرُّجُوعُ عنه فإنه روى أَنَّهُ أَفْتَى بِذَلِكَ في الْكُوفَةِ فلما أتى الْمَدِينَةَ وَلَقِيَ أَصْحَابَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فَذَاكَرَهُمْ رَجَعَ إلَى الْقَوْلِ بِالْحُرْمَةِ حتى رُوِيَ أَنَّهُ لَمَّا أتى الْكُوفَةَ نهى من كان أَفْتَاهُ بِذَلِكَ فَقِيلَ إنَّهَا وَلَدَتْ أَوْلَادًا فقال إنَّهَا وَإِنْ وَلَدَتْ وَلِأَنَّ هذا النِّكَاحَ يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ لِأَنَّهُ إذَا طَلَّقَ بِنْتَهَا وَتَزَوَّجَ بِأُمِّهَا حَمَلَهَا ذلك على الضَّغِينَةِ التي هِيَ سَبَبُ الْقَطِيعَةِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَقَطْعُ الرَّحِمِ حَرَامٌ فما أَفْضَى إلَيْهِ أن يَكُونُ حَرَامًا لِهَذَا الْمَعْنَى حُرِّمَ الْجَمْعُ بين الْمَرْأَةِ وَبِنْتِهَا وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَأُمِّهَا وَبَيْنَ عَمَّتِهَا وَخَالَتِهَا على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بِخِلَافِ جَانِبِ الْأُمِّ حَيْثُ لَا تُحَرَّمُ بِنْتُهَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ على الْأُمِّ لِأَنَّ إبَاحَةَ النِّكَاحِ هُنَاكَ لَا تُؤَدِّي إلَى الْقَطْعِ لِأَنَّ الْأُمَّ في ظَاهِرِ الْعَادَاتِ تُؤْثِرُ بِنْتَهَا على نَفْسِهَا في الْحُظُوظِ وَالْحُقُوقِ وَالْبِنْتُ لَا تُؤْثِرُ أُمَّهَا على نَفْسِهَا مَعْلُومٌ ذلك بِالْعَادَةِ وإذا جاء الدُّخُولُ تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ لِأَنَّهُ تَأَكَّدَتْ مَوَدَّتُهَا لِاسْتِيفَائِهَا حَظَّهَا فَتَلْحَقُهَا الْغَضَاضَةُ فَيُؤَدِّي إلَى الْقَطْعِ وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ

تَثْبُتُ بِالدُّخُولِ بِالْإِجْمَاعِ وَالْعَقْدُ على الْبِنْتِ سَبَبُ الدُّخُولُ بها وَالسَّبَبُ يَقُومُ مَقَامَ الْمُسَبَّبِ في مَوْضِعِ الِاحْتِيَاطِ وَلِهَذَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ في مَنْكُوحَةِ الْأَبِ وَحَلِيلَةِ الِابْنِ كان يَنْبَغِي أَنْ تُحَرَّمَ الرَّبِيبَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ على الْأُمِّ إلَّا أَنَّ شَرْطَ الدُّخُولِ هُنَاكَ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ فَبَقِيَ الْحُكْمُ في الْآيَةِ على أَصْلِ

الْقِيَاسِ
وَأَمَّا قَوْلُهُمْ إنَّ الشَّرْطَ الْمَذْكُورَ في آخِرِ كَلِمَاتٍ مَعْطُوفٌ بَعْضُهَا على بَعْضٍ وَالِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّه تَعَالَى مُلْحَقٌ بِالْكُلِّ فَنَقُولُ هذا الْأَصْلُ مُسَلَّمٌ في الِاسْتِثْنَاءِ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَالشَّرْطِ الْمُصَرَّحِ بِهِ فإما في الصِّفَةِ الدَّاخِلَةِ على الْمَذْكُورِ في آخِرِ الْكَلَامِ فَمَمْنُوعٌ بَلْ يُقْتَصَرُ على ما يَلِيهِ فَإِنَّك تَقُولُ جَاءَنِي زَيْدٌ وَمُحَمَّدٌ الْعَالِمُ فَتَقْتَصِرُ صِفَةِ الْعِلْمِ على الذي يَلِيهِ دُونَ زَيْدٍ وَقَوْلُهُ عز وجل { اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ } وَصَفَ إيَّاهُنَّ بِالدُّخُولِ بِهِنَّ لَا شَرَطَ من ادَّعَى إلْحَاقَ الْوَصْفِ بِالشَّرْطِ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ على أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الشَّرْطِ فَيَلْحَقُ الْكُلَّ وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فَيَقْتَصِرُ على ما يَلِيه فَلَا يُلْحَقُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ
وإذا وَقَعَ الشَّكُّ وَالشُّبْهَةُ فيه فَالْقَوْلُ لِمَا فيه الْحُرْمَةُ أَوْلَى احْتِيَاطًا على أَنَّ هذه الصِّفَةَ إنْ كانت في مَعْنَى الشَّرْطِ لَكِنَّ اللَّفْظَ مَتَى قُرِنَ بِهِ شَرْطٌ أو صِفَةٌ لِإِثْبَاتِ حُكْمٍ يَقْتَضِي وُجُودَهُ عِنْدَ وُجُودِهِ إمَّا لَا يَقْتَضِي عَدَمَهُ عِنْدَ عَدَمِهِ بَلْ عَدَمُهُ وَوُجُودُهُ عِنْدَ عَدَمِ الشَّرْطِ وَالصِّفَةِ يَكُونُ مَوْقُوفًا على قِيَامِ الدَّلِيلِ وفي نَفْسِ هذه الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ ما يَدُلُّ عليه فإنه قال عز وجل { وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ من نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لم تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ }
وَلَوْ كان التَّقْيِيدُ بِالْوَصْفِ نَافِيًا الْحُكْمَ في غَيْرِ الْمَوْصُوفِ لَكَانَ ذلك الْقَدْرُ كَافِيًا وَنَحْنُ نَقُولُ بِحُرْمَةِ الْأُمِّ عِنْدَ الدُّخُولِ بِالرَّبِيبَةِ وَبِحُرْمَةِ الرَّبِيبَةِ عِنْدَ الدُّخُولِ بِالْأُمِّ بِظَاهِرِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وَلَيْسَ فيها نَفْيُ الْحُرْمَةِ عِنْدَ عَدَمِ الدُّخُولِ وَلَا إثْبَاتُهَا فَيَقِفُ على قِيَامِ الدَّلِيلِ وقد قام الدَّلِيلُ على حُرْمَةِ الْأُمِّ بِدُونِ الدُّخُولِ بِبِنْتِهَا وهو ما ذَكَرْنَا فَتَثْبُتُ الْحُرْمَةُ ولم يَقُمْ الدَّلِيلُ على حُرْمَةِ الربيبة (((الربيبة))) قبل الدُّخُولِ بِالْأُمِّ فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا جَدَّاتُ الزَّوْجَةِ من قِبَلِ أَبِيهَا وَأُمِّهَا فَإِنَّهَا عُرِفَتْ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ وَلِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى في الْأُمَّهَاتِ لَا بِعَيْنِ النَّصِّ إلَّا على قَوْلِ من يُجِيزُ اشْتِمَالَ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ على الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ عِنْدَ عَدَمِ التَّنَافِي بين حُكْمَيْهِمَا على ما ذَكَرْنَا ثُمَّ إن (((إنما))) تُحَرَّمُ الزَّوْجَةُ وَجَدَّاتُهَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ إذَا كان صَحِيحًا فَأَمَّا إذَا كان فَاسِدًا فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِالْعَقْدِ بَلْ بِالْوَطْءِ أو ما يَقُومُ مَقَامَهُ من الْمَسِّ عن شَهْوَةٍ وَالنَّظَرِ إلَى الْفَرْجِ عن شَهْوَةٍ على ما نَذْكُرُ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ على الزَّوْجِ أُمَّ زَوْجَتِهِ مُضَافًا إلَيْهِ وَالْإِضَافَةُ لَا تَنْعَقِدُ إلَّا بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ إلَّا بِهِ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْفِرْقَةُ الثَّانِيَةُ فَبِنْتُ الزَّوْجَةِ وَبَنَاتُهَا وَبَنَاتُ بَنَاتِهَا وَبَنِيهَا وَإِنْ سَفَلْنَ أَمَّا بِنْتُ زَوْجَتِهِ فَتُحَرَّمُ عليه بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ إذَا كان دخل بِزَوْجَتِهِ فَإِنْ لم يَكُنْ دخل بها فَلَا تُحَرَّمُ لِقَوْلِهِ { وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ من نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لم تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ } وَسَوَاءٌ كانت بِنْتُ زَوْجَتِهِ في حِجْرِهِ أو لَا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال بَعْضُ الناس لَا تُحَرَّمُ عليه إلَّا أَنْ تَكُونَ في حِجْرِهِ وَيُرْوَى ذلك عن عَلِيِّ بن أبي طَالِبٍ رضي اللَّهُ عنه نَصًّا لِظَاهِرِ الْآيَةِ قَوْله تَعَالَى { وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ } حَرَّمَ اللَّهُ عز وجل بِنْتَ الزَّوْجَةِ وَبِوَصْفِ كَوْنِهَا في حِجْرِ زَوْجٍ فَيَتَقَيَّدُ التَّحْرِيمُ بهذا الْوَصْفِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهَا إلَى الزَّوْجَةِ يُقَيِّدُ التَّحْرِيمَ بِهِ حتى لَا يُحَرَّمُ على رَبِيبَتِهِ غَيْرُ الزَّوْجَةِ كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ التَّنْصِيصَ على حُكْمِ الْمَوْصُوفِ لَا يَدُلُّ على أَنَّ الْحُكْمَ في غَيْرِ الْمَوْصُوفِ بِخِلَافِهِ إذْ التَّنْصِيصُ لَا يَدُلُّ على التَّخْصِيصِ فَتَثْبُتُ حُرْمَةُ بِنْتِ زَوْجَةِ الرَّجُلِ التي دخل بِأُمِّهَا وَهِيَ في حِجْرِهِ بِهَذِهِ الْآيَةِ وإذا لم تَكُنْ في حِجْرِهِ

تَثْبُتُ حُرْمَتُهَا بِدَلِيلٍ آخَرَ وهو كَوْنُ نِكَاحِهَا مُفْضِيًا إلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ سَوَاءٌ كانت في حِجْرِهِ أو لم تَكُنْ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ إلَّا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ الْحِجْرَ بِنَاءً على أَنَّ عُرْفَ الناس وَعَادَتَهُمْ أَنَّ الرَّبِيبَةَ تَكُونُ في حِجْرِ زَوْجِ أُمِّهَا عَادَةً فَأَخْرَجَ الْكَلَامَ مَخْرَجَ الْعَادَةِ كما في قَوْلِهِ عز وجل { وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إمْلَاقٍ } وَقَوْلِهِ عز وجل { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً } وَنَحْوِ ذلك وَأَمَّا بَنَاتُ بَنَاتِ الرَّبِيبَةِ وَبَنَاتُ أَبْنَائِهَا وَإِنْ سَفَلْنَ فَتَثْبُتُ حُرْمَتُهُنَّ بِالْإِجْمَاعِ وَبِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى الْمَعْقُولِ لَا بِعَيْنِ النَّصِّ إلَّا على قَوْلِ من يَرَى الْجَمْعَ بين الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ في لَفْظٍ وَاحِدٍ عِنْدَ إمْكَانِ الْعَمَلِ بِهِمَا

4 فَصْلٌ وَأَمَّا الْفِرْقَةُ الثَّالِثَةُ فَحَلِيلَةُ الِابْنِ من الصُّلْبِ وَابْنِ الِابْنِ وَابْنِ الْبِنْتِ وَإِنْ سَفَلَ فَتُحَرَّمُ على الرَّجُلِ حَلِيلَةُ ابْنِهِ من صُلْبِهِ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُهُ عز وجل { وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ من أَصْلَابِكُمْ } وَذِكْرُ الصُّلْبِ جَازَ أَنْ يَكُونَ

(2/259)

لِبَيَانِ الْخَاصِّيَّةِ وَإِنْ لم يَكُنْ الِابْنُ إلَّا من الصُّلْبِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ } وَإِنْ كان الطَّائِرُ لَا يَطِيرُ إلَّا بِجَنَاحَيْهِ وَجَازَ أَنْ يَكُونَ لِبَيَانِ الْقِسْمَةِ وَالتَّنْوِيعِ لِأَنَّ الِابْنَ قد يَكُونُ من الصُّلْبِ وقد يَكُونُ من الرَّضَاعِ وقد يَكُونُ بِالتَّبَنِّي أَيْضًا على ما ذُكِرَ في سَبَبِ نُزُولِ الْآيَةِ لِأَنَّ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لَمَّا تَزَوَّجَ امْرَأَةَ زَيْدِ بن حَارِثَةَ بعدما طَلَّقَهَا زَيْدٌ وكان ابْنًا لِرَسُولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِالتَّبَنِّي فَعَابَهُ الْمُنَافِقُونَ على ذلك وَقَالُوا أنه تَزَوَّجَ بِحَلِيلَةِ ابْنِهِ فَنَزَلَ قَوْله تَعَالَى { وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ من أَصْلَابِكُمْ }

وَكَذَلِكَ قَوْله تَعَالَى { فلما قَضَى زَيْدٌ منها وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ على الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ في أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا } وَلِأَنَّ حَلِيلَةَ الِابْنِ لو لم تُحَرَّمْ على الْأَبِ فَإِذا طَلَّقَهَا الِابْنُ رُبَّمَا يَنْدَمُ على ذلك وَيُرِيدُ الْعَوْدَ إلَيْهَا فإذا تَزَوَّجَهَا أَبُوهُ أَوْرَثَ ذلك الضَّغِينَةَ بَيْنَهُمَا وَالضَّغِينَةُ تُوَرِّثُ الْقَطِيعَةَ وَقَطْعُ الرَّحِمِ حَرَامٌ فَيَجِبُ أَنْ يُحَرَّمَ حتى لَا يُؤَدِّيَ إلَى الْحَرَامِ وَلِهَذَا حُرِّمَتْ مَنْكُوحَةُ الْأَبِ على الِابْنِ كَذَا هذا سَوَاءٌ كان دخل بها الِابْنُ أو لم يَدْخُلْ بها لِأَنَّ النَّصَّ مُطْلَقٌ عن شَرْطِ الدُّخُولِ وَالْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ أَيْضًا على ما ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَبٌ إلَى الدُّخُولِ وَالسَّبَبُ يُقَامُ مَقَامَ الْمُسَبِّبِ في مَوْضِعِ الِاحْتِيَاطِ على ما مَرَّ وَحَلِيلَةُ ابْنِ الِابْنِ وَابْنِ الْبِنْتِ

وَإِنْ سَفَلَ تُحَرَّمُ بِالْإِجْمَاعِ أو بِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا بِعَيْنِ النَّصِّ لِأَنَّ ابْنَ الِابْنِ يُسَمَّى ابْنًا مَجَازًا لَا حَقِيقَةً فإذا صَارَتْ الْحَقِيقَةُ مُرَادَةً لم يَبْقَ الْمَجَازُ مُرَادًا لنا إلَّا على قَوْلِ من يقول إنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُرَادَا من لَفْظٍ وَاحِدٍ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْفِرْقَةُ الرَّابِعَةُ فَمَنْكُوحَةُ الْأَبِ وَأَجْدَادِهِ من قِبَلِ أبيه وَإِنْ عَلَوْا أَمَّا مَنْكُوحَةُ الْأَبِ فَتُحَرَّمُ بِالنَّصِّ وهو قَوْلُهُ { وَلَا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آبَاؤُكُمْ من النِّسَاءِ } وَالنِّكَاحُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الْعَقْدُ وَسَوَاءٌ كان الْأَبُ دخل بها أو لَا لِأَنَّ اسْمَ النِّكَاحِ يَقَعُ على الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ فَتُحَرَّمُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على ما نَذْكُرُ وَلِأَنَّ نِكَاحَ مَنْكُوحَةِ الْأَبِ يُفْضِي إلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ لِأَنَّهُ إذَا فَارَقَهَا أَبُوهُ لَعَلَّهُ يَنْدَمُ فَيُرِيدُ أَنْ يُعِيدَهَا فإذا نَكَحَهَا الِابْنُ أَوْحَشَهُ ذلك وَأَوْرَثَ الضَّغِينَةَ وَذَلِكَ سَبَبُ التَّبَاعُدِ بَيْنَهُمَا وهو تَفْسِيرُ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ وَقَطْعُ الرَّحِمِ حَرَامٌ فَكَانَ النِّكَاحُ سِرَّ سَبَبِ الْحَرَامِ وَأَنَّهُ تَنَاقُضٌ فَيُحَرَّمُ دَفْعًا لِلتَّنَاقُضِ الذي هو أَثَرُ السَّفَهِ وَالْجَهْلِ جَلَّ اللَّهُ

تَعَالَى عنهما
وَأَمَّا مَنْكُوحَةُ أَجْدَادِهِ فَتُحَرَّمُ بِالْإِجْمَاعِ وَبِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا بِعَيْنِ النَّصِّ إلَّا على قَوْلِ من يَرَى الْجَمْعَ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ في لَفْظٍ وَاحِدٍ عِنْدَ عَدَمِ النَّافِي ثُمَّ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ تَثْبُتُ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ وَتَثْبُتُ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ حتى أن من وطىء جَارِيَتَهُ تُحَرَّمُ عليها أُمُّهَا وَابْنَتُهَا وَجَدَّاتُهَا وَإِنْ عَلَوْنَ وَبَنَاتُ بَنَاتِهَا وَإِنْ سَفَلْنَ وَتُحَرَّمُ هِيَ على أَبُ الواطىء وَابْنِهِ وَعَلَى أَجْدَادِ أَجْدَادِ الواطىء وَإِنْ عَلَوْا وَعَلَى أَبْنَاءِ أَبْنَائِهِ وَإِنْ سَفَلُوا وَكَذَا تَثْبُتُ بِالْوَطْءِ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَكَذَا بِالْوَطْءِ عن شُبْهَةٍ بِالْإِجْمَاعِ وَتَثْبُتُ بِاللَّمْسِ فِيهِمَا عن شَهْوَةٍ وَبِالنَّظَرِ إلَى فَرْجِهَا عن شَهْوَةٍ عِنْدَنَا وَلَا تَثْبُتُ بِالنَّظَرِ إلَى سَائِرِ الْأَعْضَاءِ بِشَهْوَةٍ وَلَا بِمَسِّ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ إلَّا عن شَهْوَةٍ بِلَا خِلَافٍ وَتَفْسِيرُ الشَّهْوَةِ هِيَ أَنْ يَشْتَهِيَ بِقَلْبِهِ وَيُعْرَفُ ذلك بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ بَاطِنٌ لَا وُقُوفَ عليه لِغَيْرِهِ وَتَحَرُّكُ الْآلَةِ وَانْتِشَارُهَا هل هو شَرْطُ تَحْقِيقِ الشَّهْوَةِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه
قال بَعْضُهُمْ شَرْطٌ
وقال بَعْضُهُمْ ليس بِشَرْطٍ هو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمَسَّ وَالنَّظَرَ عن شَهْوَةٍ يَتَحَقَّقُ بِدُونِ ذلك كَالْعِنِّينِ وَالْمَجْبُوبِ وَنَحْوِ ذلك
وقال الشَّافِعِيُّ لَا تَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ بِالنَّظَرِ وَلَهُ في الْمَسِّ قَوْلَانِ وَتَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ بِالزِّنَا وَالْمَسِّ وَالنَّظَرِ بِدُونِ النِّكَاحِ وَالْمِلْكِ شبهته
(((وشبهته))) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بِالزِّنَا فَأَوْلَى أَنْ لَا تَثْبُتَ بِالْمَسِّ وَالنَّظَرِ بِدُونِ الْمِلْكِ
احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ من نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ } حَرَّمَ الرَّبَائِبَ الْمُضَافَةَ

إلَى نِسَائِنَا الْمَدْخُولَاتِ وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمَرْأَةُ مُضَافَةً إلَيْنَا بِالنِّكَاحِ فَكَانَ الدُّخُولُ بِالنِّكَاحِ شَرْطَ ثُبُوتِ الْحُرْمَةِ وَهَذَا دُخُولٌ بِلَا نِكَاحٍ فَلَا تَثْبُتُ بِهِ الْحُرْمَةُ وَلَا تَثْبُتُ بِالنَّظَرِ أَيْضًا لِأَنَّهُ ليس بِمَعْنَى الدُّخُولِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِهِ الصَّوْمُ وَلَا يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ في الْإِحْرَامِ وَكَذَلِكَ اللَّمْسُ في قَوْلٍ وفي قَوْلٍ يَثْبُتُ لِأَنَّهُ اسْتِمْتَاعٌ بها من وَجْهٍ فَكَانَ بِمَعْنَى الْوَطْءِ وَلِهَذَا حُرِّمَ بِسَبَبِ الْإِحْرَامِ كما حُرِّمَ الْوَطْءُ وَرُوِيَ عن عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَتْبَعُ الْمَرْأَةَ حَرَامًا أَيَنْكِحُ ابْنَتَهَا أو يَتْبَعُ الْبِنْتَ حَرَامًا أَيَنْكِحُ أُمَّهَا فقال لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ إنَّمَا يُحَرِّمُ ما كان نِكَاحًا حَلَالًا وَالتَّحْرِيمُ بِالزِّنَا تَحْرِيمُ الْحَرَامِ الْحَلَالَ
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَلَا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آبَاؤُكُمْ من النِّسَاءِ } وَالنِّكَاحُ يُسْتَعْمَلُ في الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً لَهُمَا على الِاشْتِرَاكِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً لِأَحَدِهِمَا مَجَازًا لِلْآخَرِ وَكَيْفَ ما كان يَجِبُ الْقَوْلُ بِتَحْرِيمِهِمَا جميعا إذْ لَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا كَأَنَّهُ قال عز وجل { وَلَا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آبَاؤُكُمْ من النِّسَاءِ } عَقْدًا ووطأ (((ووطئا)))
وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من نَظَرَ إلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ لم تَحِلَّ له أُمُّهَا وَلَا ابْنَتُهَا
وَرُوِيَ حُرِّمَتْ عليه أُمُّهَا وَابْنَتُهَا وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ لِأَنَّهُ ليس فيه ذِكْرُ النِّكَاحِ

وَرُوِيَ عنه صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال مَلْعُونٌ من نَظَرَ إلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا وَلَوْ لم يَكُنْ النَّظَرُ الْأَوَّلُ مُحَرِّمًا لِلثَّانِي وهو النَّظَرُ إلَى فَرْجِ ابْنَتِهَا لم يَلْحَقْهُ اللَّعْنُ لِأَنَّ النَّظَرَ إلَى فَرْجِ الْمَرْأَةِ الْمَنْكُوحَةِ نِكَاحًا صَحِيحًا مُبَاحٌ فَكَيْفَ يَسْتَحِقُّ اللَّعْنَ فإذا ثَبَتَتْ الْحُرْمَةُ بِالنَّظَرِ فَبِالدُّخُولِ أَوْلَى وَكَذَا بِاللَّمْسِ لِأَنَّ النَّظَرَ دُونَ اللَّمْسِ في تَعَلُّقِ الْأَحْكَامِ بِهِمَا

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَفْسُدُ الصَّوْمُ بِالْإِنْزَالِ عن الْمَسِّ وَلَا يَفْسُدُ بِالْإِنْزَالِ عن النَّظَرِ إلَى الْفَرْجِ وفي الْحَجِّ يَلْزَمُهُ بِالْمَسِّ عن شَهْوَةٍ الدَّمُ أَنْزَلَ أو لم يُنْزِلْ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ بِالنَّظَرِ إلَى الْفَرْجِ عن شَهْوَةٍ أَنْزَلَ أو لم يُنْزِلْ فلما ثَبَتَتْ الْحُرْمَةُ بِالنَّظَرِ فَبِالْمَسِّ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ إنَّمَا تَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ لِكَوْنِهِ سَبَبًا دَاعِيًا إلَى الْجِمَاعِ إقَامَةً لِلسَّبَبِ مَقَامَ الْمُسَبِّبِ في مَوْضِعِ الِاحْتِيَاطِ كما أُقِيمَ النَّوْمُ الْمُفْضِي إلَى الْحَدَثِ مَقَامَ الْحَدَثِ في إنقاض (((انتقاض))) الطَّهَارَةِ احْتِيَاطًا لِأَمْرِ الصَّلَاةِ وَالْقُبْلَةُ وَالْمُبَاشَرَةُ في التَّسَبُّبِ وَالدَّعْوَةُ أَبْلَغُ من النِّكَاحِ فَكَانَ أَوْلَى بِإِثْبَاتِ الْحُرْمَةِ وَلِأَنَّ الْوَطْءَ الْحَلَالَ إنَّمَا كان مُحَرِّمًا لِلْبِنْتِ بِمَعْنًى هو مَوْجُودٌ هُنَا وهو أَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بين الْمَرْأَةِ وَبِنْتِهَا في الْوَطْءِ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ وَطْءَ إحْدَاهُمَا يُذَكِّرُهُ وَطْءَ الْأُخْرَى فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَاضٍ وَطَرَهُ مِنْهُمَا جميعا

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هذا مَعْنَى قَوْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم مَلْعُونٌ من نَظَرَ إلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في الْوَطْءِ الْحَرَامِ

وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَلَا حُجَّةَ له فيها بَلْ هِيَ حُجَّةٌ عليه لِأَنَّهَا تَقْتَضِي حُرْمَةَ رَبِيبَتِهِ التي هِيَ بِنْتُ امْرَأَتِهِ التي دخل بها مُطْلَقًا سَوَاءً دخل بها بَعْدَ النِّكَاحِ أو قَبْلَهُ بِالزِّنَا وَاسْمُ الدُّخُولِ يَقَعُ على الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ أو يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ الدُّخُولَ بَعْدَ النِّكَاحِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ هو الْقَوْلُ بِالْحُرْمَةِ وإذا احْتُمِلَ هذا وَاحْتُمِلَ هذا فَلَا يَصِحُّ الِاحْتِجَاجُ بِهِ مع الِاحْتِمَالِ على أَنَّ في هذه الْآيَةِ إثْبَاتُ الْحُرْمَةِ بِالدُّخُولِ في النِّكَاحِ وَهَذَا يَنْفِي الْحُرْمَةَ بِالدُّخُولِ بِلَا نِكَاحٍ فَكَانَ هذا احْتِجَاجًا بِالْمَسْكُوتِ عنه وأنه لَا يَصِحُّ على أَنَّ في هذه الْآيَةِ حُجَّتَنَا على إثْبَاتِ الْحُرْمَةِ بِالْمَسِّ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الدُّخُولَ بِهِنَّ وَحَقِيقَةُ الدُّخُولِ بِالشَّيْءِ عِبَارَةٌ عن إدْخَالِهِ في الْعَوْرَةِ إلَى الْحِصْنِ فَكَانَ الدُّخُولُ بها هو إدْخَالُهَا في الْحِصْنِ وَذَلِكَ بِأَخْذِ يَدِهَا أو شَيْءٍ منها لِيَكُونَ هو الدَّاخِلُ بها فَأَمَّا بِدُونِ ذلك فَالْمَرْأَةُ هِيَ الدَّاخِلَةُ بِنَفْسِهَا فَدَلَّ أَنَّ الْمَسَّ مُوجِبٌ لِلْحُرْمَةِ أو يُحْتَمَلُ الْوَطْءُ وَيُحْتَمَلُ الْمَسَّ فَيَجِبُ الْقَوْلُ بِالْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ قِيلَ إنَّهُ ضَعِيفٌ ثُمَّ هو خَبَرٌ وَاحِدٌ مُخَالِفٌ لِلْكِتَابِ وَلَئِنْ ثَبَتَ فَنَقُولُ بِمُوجِبِهِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فيه هو الِاتِّبَاعُ لَا الْوَطْءُ وَاتِّبَاعُهَا أَنْ يُرَاوِدَهَا عن نَفْسِهَا وَذَا لَا يُحَرِّمُ عِنْدَنَا إذْ الْمُحَرِّمُ هو الْوَطْءُ وَلَا ذِكْرَ له في الحديث وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّالِثُ وهو الْمُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعَةِ فَمَوْضِعُ بَيَانِهَا كِتَابُ الرَّضَاعِ فَكُلُّ من حَرُمَ لِقَرَابَةٍ من الْفِرَقِ السَّبْعِ الَّذِينَ وَصَفَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى يَحْرُمُ بِالرَّضَاعَةِ إلَّا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَيَّنَ الْمُحَرَّمَاتِ بِالْقَرَابَةِ بَيَانَ إبْلَاغٍ وَبَيَّنَ الْمُحَرَّمَاتِ بِالرَّضَاعَةِ بَيَانَ كِفَايَةٍ حَيْثُ لم يذكر على التَّصْرِيحِ وَالتَّنْصِيصِ إلَّا الْأُمَّهَاتِ وَالْأَخَوَاتِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ من الرَّضَاعَةِ } لِيُعْلَمَ حُكْمُ غَيْرِ الْمَذْكُورِ

بِطَرِيقِ الِاجْتِهَادِ بِالِاسْتِدْلَالِ
وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الرَّضَاعِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ أَيْضًا وَكَذَا كُلُّ من يَحْرُمُ مِمَّنْ ذَكَرْنَا من الْفِرَقِ الْأَرْبَعِ بِالْمُصَاهَرَةِ يَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ فَيَحْرُمُ على الرَّجُلِ أُمُّ زَوْجَتِهِ وَبِنْتُهَا من الرَّضَاعِ إلَّا أَنَّ الْأُمَّ تَحْرُمُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ إذَا كان صَحِيحًا وَالْبِنْتُ لَا تَحْرُمُ إلَّا بِالدُّخُولِ بِالْإِحْرَامِ
وَكَذَا جَدَّاتُ الزَّوْجَةِ لِأَبِيهَا وَأُمِّهَا وَإِنْ عَلَوْنَ وَبَنَاتُ بَنَاتِهَا وَبَنَاتُ أَبْنَائِهَا وَإِنْ سَفَلْنَ من الرَّضَاعِ وَكَذَا يَحْرُمُ حَلِيلَةُ ابْنِ الرَّضَاعِ وَابْنِ ابْنِ الرَّضَاعِ وَإِنْ سَفَلَ على أبي الرَّضَاعِ وَأَبِي أبيه وَتَحْرُمُ مَنْكُوحَةُ أبي الرَّضَاعِ وَأَبِي أبيه وَإِنْ عَلَا على ابْنِ الرَّضَاعِ وَابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَفَلَ وَكَذَا يَحْرُمُ بِالْوَطْءِ أُمُّ الْمَوْطُوءَةِ وَبِنْتُهَا من الرَّضَاعِ على الواطىء
وَكَذَا جَدَّاتُهَا وَبَنَاتُ بَنَاتِهَا وَتَحْرُمُ الْمَوْطُوءَةُ على أبي الواطىء وَابْنِهِ من الرَّضَاعِ وَكَذَا على أَجْدَادِهِ وَإِنْ عَلَوْا وَعَلَى أَبْنَاءِ أَبْنَائِهِ وَإِنْ سَفَلُوا سَوَاءٌ كان الْوَطْءُ حَلَالًا بِأَنْ كان بملك (((يملك))) الْيَمِينَ أو كان الْوَطْءُ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أو شُبْهَةِ نِكَاحٍ أو كان زِنًا
وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يَحْرُمُ بِسَبَبِ الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ بِسَبَبِ النَّسَبِ وَسَبَبِ الْمُصَاهَرَةِ إلَّا في مَسْأَلَتَيْنِ يَخْتَلِفُ فِيهِمَا حُكْمُ الْمُصَاهَرَةِ وَالرَّضَاعِ نَذْكُرُهُمَا في كِتَابِ الرَّضَاعِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَقَعَ نِكَاحُ الْمَرْأَةِ التي يَتَزَوَّجُهَا جَمْعًا بين ذَوَاتِ الْأَرْحَامِ وَلَا بين أَكْثَرَ من أَرْبَعِ نِسْوَةٍ في الْأَجْنَبِيَّاتِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الْجَمْعِ أَنَّ الْجَمْعَ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ جَمْعٌ بين ذَوَاتِ الْأَرْحَامِ وَجَمْعٌ بين الْأَجْنَبِيَّاتِ أَمَّا الْجَمْعُ بين ذَوَاتِ الْأَرْحَامِ فَنَوْعَانِ أَيْضًا جَمْعٌ في النِّكَاحِ وَجَمْعٌ في الْوَطْءِ وَدَوَاعِيهِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ أَمَّا الْجَمْعُ بين ذَوَاتِ الْأَرْحَامِ في النِّكَاحِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ الْجَمْعَ بين الْأُخْتَيْنِ في النِّكَاحِ حَرَامٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَنْ تَجْمَعُوا بين الْأُخْتَيْنِ } مَعْطُوفًا على قَوْلِهِ عز وجل { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ } وَلِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا يُفْضِي إلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ لِأَنَّ الْعَدَاوَةَ بين الضَّرَّتَيْنِ ظَاهِرَةٌ وَأَنَّهَا تُفْضِي إلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ وَقَطِيعَةُ الرَّحِمِ حَرَامٌ فَكَذَا الْمُفْضِي وَكَذَا الْجَمْعُ بين الْمَرْأَةِ وَبِنْتِهَا لِمَا قُلْنَا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ قَرَابَةَ الولادة (((الولاد))) مُفْتَرَضَةُ الْوَصْلِ بِلَا خِلَافٍ
وَاخْتُلِفَ في الْجَمْعِ بين ذَوَاتَيْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ سِوَى هَذَيْنِ الْجَمْعَيْنِ بين امْرَأَتَيْنِ لو كانت إحْدَاهُمَا رَجُلًا لَا يَجُوزُ له نِكَاحُ الْأُخْرَى من الْجَانِبَيْنِ جميعا أَيَّتُهُمَا كانت غير عَيْنٍ كَالْجَمْعِ بين امْرَأَةٍ وَعَمَّتِهَا وَالْجَمْعِ بين امْرَأَةٍ وَخَالَتِهَا وَنَحْوِ ذلك قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ لَا يَجُوزُ
وقال عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ الْجَمْعُ فِيمَا سِوَى الْأُخْتَيْنِ وَسِوَى الْمَرْأَةِ وَبِنْتِهَا ليس بِحَرَامٍ

وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } ذَكَرَ الْمُحَرَّمَاتِ وَذَكَرَ فِيمَا حَرَّمَ الْجَمْعَ بين الْأُخْتَيْنِ وَأَحَلَّ ما وَرَاءَ ذلك وَالْجَمْعُ فِيمَا سِوَى الْأُخْتَيْنِ لم يَدْخُلْ في التَّحْرِيمِ فَكَانَ دَاخِلًا في الْإِحْلَالِ إلَّا أَنَّ الْجَمْعَ بين الْمَرْأَةِ وَبِنْتِهَا حُرِّمَ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لِأَنَّ قَرَابَةَ الْوِلَادِ أَقْوَى فَالنَّصُّ الْوَارِدُ ثَمَّةَ يَكُونُ وَارِدًا هَهُنَا من طَرِيقِ الْأَوْلَى
وَلَنَا الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو ما رُوِيَ عن أبي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ على عَمَّتِهَا وَلَا على خَالَتِهَا وَلَا على ابْنَةِ أَخِيهَا وَلَا على ابْنَةِ أُخْتِهَا وزاد في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ لَا الصُّغْرَى

عِلى الْكُبْرَى وَلَا الْكُبْرَى على الصُّغْرَى الحديث
أَخْبَرَ أَنَّ من تَزَوَّجَ عَمَّةً ثُمَّ بِنْتَ أَخِيهَا أو خَالَةً ثُمَّ بِنْتَ أُخْتِهَا لَا يَجُوزُ ثُمَّ أَخْبَرَ أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَ بِنْتَ الْأَخِ أَوَّلَا ثُمَّ الْعَمَّةَ أو بِنْتَ الْأُخْتِ أَوَّلَا ثُمَّ الْخَالَةَ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِئَلَّا يُشْكِلَ أَنَّ حُرْمَةَ الْجَمْعِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُخْتَصَّةً بِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ دُونَ الْآخَرِ كَنِكَاحِ الْأَمَةِ على الْحُرَّةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ على الْأَمَةِ وَلِأَنَّ الْجَمْعَ بين ذَوَاتَيْ مَحْرَمٍ في النِّكَاحِ سَبَبٌ لِقَطِيعَةِ الرَّحِمِ لِأَنَّ الضَّرَّتَيْنِ يَتَنَازَعَانِ وَيَخْتَلِفَانِ وَلَا يَأْتَلِفَانِ هذا أَمْرٌ مَعْلُومٌ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وَذَلِكَ يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ وَأَنَّهُ حَرَامٌ وَالنِّكَاحُ سَبَبٌ فَيَحْرُمُ حتى لَا يُؤَدِّيَ إلَيْهِ وَإِلَى هذا الْمَعْنَى أَشَارَ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم في آخِرِ الحديث فِيمَا روى أَنَّهُ قال إنَّكُمْ لو فَعَلْتُمْ ذلك لَقَطَعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ وَرُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ

فَإِنَّهُنَّ يَتَقَاطَعْنَ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ يُوجِبُ الْقَطِيعَةَ وَرُوِيَ عن أَنَسٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كان أَصْحَابُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يَكْرَهُونَ الْجَمْعَ بين الْقَرَابَةِ في النِّكَاحِ وَقَالُوا إنَّهُ يُوَرِّثُ الضَّغَائِنَ
وَرُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ كَرِهَ الْجَمْعَ بين بِنْتَيْ عَمَّيْنِ وقال لَا أُحَرِّمُ ذلك لَكِنْ أَكْرَهُهُ أَمَّا الْكَرَاهَةُ فَلِمَكَانِ الْقَطِيعَةِ وَأَمَّا عَدَمُ الْحُرْمَةِ فَلِأَنَّ الْقَرَابَةَ بَيْنَهُمَا لَيْسَتْ بِمُفْتَرَضَةِ الْوَصْلِ
أَمَّا الْآيَةُ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْله تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } أَيْ ما وَرَاءَ ما حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَالْجَمْعُ بين الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَبِنْتِهَا وَبَيْنَ خَالَتِهَا مِمَّا قد حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى على لِسَانِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم الذي هو وَحْيٌ غَيْرُ مَتْلُوٍّ على أَنَّ حُرْمَةَ الْجَمْعِ بين الْأُخْتَيْنِ مَعْلُولَةٌ بِقَطْعِ الرَّحِمِ وَالْجَمْعُ هَهُنَا يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ فَكَانَتْ حُرْمَةً ثَابِتَةً بِدَلَالَةِ النَّصِّ فلم يَكُنْ ما وَرَاءَ ما حُرِّمَ في آيَةِ التَّحْرِيمِ وَيَجُوزُ الْجَمْعُ بين امْرَأَةٍ وَبِنْتِ زَوْجٍ كان لها من قَبْلُ أو بين امْرَأَةٍ وَزَوْجَةٍ كانت لِأَبِيهَا وَهُمَا وَاحِدٌ لِأَنَّهُ لَا رَحِمَ بَيْنَهُمَا فلم يُوجَدْ الْجَمْعُ بين ذَوَاتَيْ رَحِمٍ
وقال زُفَرُ وابن أبي لَيْلَى لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبِنْتَ لو كانت رَجُلًا لَكَانَ لَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُخْرَى لِأَنَّهَا مَنْكُوحَةُ أبيه فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا كما لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بين الْأُخْتَيْنِ وأنا نَقُولُ الشَّرْطُ أَنْ تَكُونَ الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً من الْجَانِبَيْنِ جميعا وهو أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَيَّتُهُمَا كانت بِحَيْثُ لو قُدِّرَتْ رَجُلًا لَكَانَ لَا يَجُوزُ له نِكَاحُ الْأُخْرَى ولم يُوجَدْ هذا الشَّرْطُ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ مِنْهُمَا لو كانت رَجُلًا لَكَانَ يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُخْرَى لِأَنَّ الْأُخْرَى لَا تَكُونُ بِنْتَ الزَّوْجِ فلم تَكُنْ الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً من الْجَانِبَيْنِ فَجَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا كَالْجَمْعِ بين الْأُخْتَيْنِ وَلَوْ تَزَوَّجَ الْأُخْتَيْنِ مَعًا فَسَدَ نِكَاحُهُمَا لِأَنَّ نِكَاحَهُمَا حَصَلَ جَمْعًا بَيْنَهُمَا في النِّكَاحِ وَلَيْسَتْ إحْدَاهُمَا بِفَسَادِ النِّكَاحِ بِأَوْلَى من الْأُخْرَى فَيُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ثُمَّ إنْ كان قبل الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهُمَا وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ لَا حُكْمَ له قبل الدُّخُولِ وَإِنْ كان قد دخل بِهِمَا فَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الْعُقْرُ وَعَلَيْهِمَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ هذا حُكْمُ الدُّخُولِ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهِ
وَإِنْ تَزَوَّجَ إحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى جَازَ نِكَاحُ الْأُولَى وَفَسَدَ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ وَلَا يَفْسُدُ

نِكَاحُ الْأُولَى لِفَسَادِ نِكَاحِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّ الْجَمْعَ حَصَلَ بِنِكَاحِ الثَّانِيَةِ فَاقْتَصَرَ الْفَسَادُ عليه وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّانِيَةِ فَإِنْ كان لم يَدْخُلْ بها فَلَا مَهْرَ وَلَا عِدَّةَ وَإِنْ كان دخل بها فَلَهَا الْمَهْرُ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِمَا بَيَّنَّا وَلَا يَجُوزُ له أَنْ يَطَأَ الْأُولَى ما لم تَنْقَضِ عِدَّةُ الثَّانِيَةِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ في عُقْدَتَيْنِ لَا يَدْرِي أَيَّتُهُمَا أُولَى لَا يَجُوزُ له التَّحَرِّي بَلْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا لِأَنَّ نِكَاحَ إحْدَاهُمَا فَاسِدٌ بِيَقِينٍ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ وَلَا يُتَصَوَّرُ حُصُولُ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ من الْمَجْهُولَةِ فَلَا بُدَّ من التَّفْرِيقِ ثُمَّ إنْ ادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أنها هِيَ الْأُولَى وَلَا بَيِّنَةَ لها يقضي لها بِنِصْفِ الْمَهْرِ لِأَنَّ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ أَحَدُهُمَا وقد حَصَلَتْ الْفُرْقَةُ قبل الدُّخُولِ لَا بِصُنْعِ الْمَرْأَةِ فَكَانَ الْوَاجِبُ نِصْفَ الْمَهْرِ وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا لِعَدَمِ التَّرْجِيحِ إذْ لَيْسَتْ إحْدَاهُمَا بِأَوْلَى من الْأُخْرَى

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ شَيْءٌ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجِبُ عليه الْمَهْرُ كَامِلًا وَإِنْ قَالَتَا لَا نَدْرِي أَيَّتُنَا الْأُولَى لَا يقضي لَهُمَا بِشَيْءٍ لِكَوْنِ الْمُدَّعِيَةِ مِنْهُمَا مَجْهُولَةً إلَّا إذَا اصْطَلَحَتْ على شَيْءٍ فَحِينَئِذٍ يقضي لها وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَعَمَّتُهَا وَخَالَتُهَا في جَمِيعِ ما وَصَفْنَا وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً في نِكَاحِ أُخْتِهَا لَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَهَا في عِدَّةِ أُخْتِهَا وَكَذَلِكَ التَّزَوُّجُ بِامْرَأَةٍ هِيَ ذَاتُ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امْرَأَةٍ بِعَقْدٍ منه

وَالْأَصْلُ أَنَّ ما يَمْنَعُ صُلْبَ النِّكَاحِ من الْجَمْعِ بين ذَوَاتَيْ الْمَحَارِمِ فَالْعِدَّةُ تَمْنَعُ منه وَكَذَا لَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا من الْأَجْنَبِيَّاتِ وَالْخَامِسَةُ تَعْتَدُّ منه سَوَاءٌ كانت الْعِدَّةُ من طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ أو بَائِنٍ أو ثَلَاثٍ أو بِالْمَحْرَمِيَّةِ الطَّارِئَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ أو بِالدُّخُولِ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ أو بِالْوَطْءِ في شُبْهَةٍ وَهَذَا عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ إلَّا في عِدَّةٍ من طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ وَرُوِيَ عن جَمَاعَةٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلُ قَوْلِنَا نحو

عَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن عَبَّاسٍ وَزَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وَجْهُ قَوْلِهِ إنَّ الْمُحَرَّمَ هو الْجَمْعُ بين الْأُخْتَيْنِ في النِّكَاحِ وَالنِّكَاحُ قد زَالَ من كل وَجْهٍ لِوُجُودِ الْمُزِيلِ له وهو الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ أو الْبَائِنُ وَلِهَذَا لو وَطِئَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ مع الْعِلْمِ بِالْحُرْمَةِ لَزِمَهُ الْحَدُّ فلم يَتَحَقَّقْ الْجَمْعُ في النِّكَاحِ فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ

وَلَنَا أَنَّ مِلْكَ الْحَبْسِ والعبد (((بالعقد))) قَائِمٌ فإن الزَّوْجَ يَمْلِكُ مَنْعَهَا من الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ وَحُرْمَةُ التَّزَوُّجِ بِزَوْجٍ آخَرَ ثَابِتَةٌ وَالْفِرَاشُ قَائِمٌ حتى لو جَاءَتْ بِوَلَدٍ إلَى سَنَتَيْنِ من وَقْتِ الطَّلَاقِ وقد كان قد دخل بها يَثْبُتُ النَّسَبُ فَلَوْ جَازَ النِّكَاحُ لَكَانَ النِّكَاحُ جَمْعًا بين الْأُخْتَيْنِ في هذه الْأَحْكَامِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ النَّصِّ

وَلِأَنَّ هذه أَحْكَامُ النِّكَاحِ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ وَسِيلَةً إلَى أَحْكَامِ النِّكَاحِ فَكَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا من وَجْهٍ بِبَقَاءِ بَعْضِ أَحْكَامِهِ وَالثَّابِتُ من وَجْهٍ مُلْحَقٌ بِالثَّابِتِ من وَجْهٍ في بَابِ الْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا

أَلَا تَرَى أَنَّهُ أُلْحِقَتْ الْأُمُّ وَالْبِنْتُ من وَجْهٍ بِالرَّضَاعَةِ بِالْأُمِّ وَالْبِنْتِ من كل وَجْهٍ بِالْقَرَابَةِ وَأُلْحِقَتْ الْمَنْكُوحَةُ من وَجْهٍ وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ بِالْمَنْكُوحَةِ من كل وَجْهٍ في حُرْمَةِ النِّكَاحِ كَذَا هذا

وَلِأَنَّ الْجَمْعَ قبل الطَّلَاقِ إنَّمَا حُرِّمَ لِكَوْنِهِ مُفْضِيًا إلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ لِأَنَّهُ يُوَرِّثُ

الصَّغِينَةَ وَإِنَّهَا تُفْضِي إلَى الْقَطِيعَةِ وَالضَّغِينَةُ هَهُنَا أَشَدُّ لِأَنَّ مُعْظَمَ النِّعْمَةِ وهو مِلْكُ الْحِلِّ الذي هو سَبَبُ اقْتِضَاءِ الشَّهْوَةِ قد زَالَ في حَقِّ الْمُعْتَدَّةِ وَبِنِكَاحِ الثَّانِيَةِ يَصِيرُ جَمِيعُ ذلك لها وَتَقُومُ ومقامها (((مقامها))) وَتَبْقَى هِيَ مَحْرُومَةُ الْحَظِّ لِلْحَالِّ من الْأَزْوَاجِ فَكَانَتْ الضَّغِينَةُ أَشَدَّ فَكَانَتْ أَدْعَى إلَى الْقَطِيعَةِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يَبْقَ شَيْءٌ من عَلَائِقِ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ فَكَانَ لها سَبِيلُ الْوُصُولِ إلَى زَوْجٍ آخَرَ فَتَسْتَوْفِي حَظَّهَا من الثَّانِي فتسلي بِهِ فَلَا تَلْحَقُهَا الضَّغِينَةُ أو كانت أَقَلَّ منه في حَالِ قِيَامِ الْعِدَّةِ فَلَا يَسْتَقِيمُ الِاسْتِدْلَال وَلَوْ خَلَا بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا لم يَتَزَوَّجْ أُخْتَهَا حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا لِأَنَّهُ وَجَبَتْ عليها الْعِدَّةُ بِالْخَلْوَةِ فَيُمْنَعُ نِكَاحُ الْأُخْتِ كما لو وَجَبَتْ بِالدُّخُولِ حَقِيقَةً

فَصْلٌ وَأَمَّا الْجَمْعُ في الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ مِثْلِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَرُوِيَ عن عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كُلُّ شَيْءٍ حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى من الْحَرَائِرِ حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى من الْإِمَاءِ إلَّا الْجَمْعَ أَيْ الْجَمْعَ في الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ

وروى أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه عن ذلك فقال ما أُحِبُّ أَنْ أُحِلَّهُ وَلَكِنْ أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ وَأَمَّا أنا فَلَا أَفْعَلُهُ فَخَرَجَ الرَّجُلُ من عِنْدِهِ فَلَقِيَ عَلِيًّا فذكر له ذلك فقال لو أَنَّ لي من الْأَمْرِ شيء لَجَعَلْت من فَعَلَ ذلك نَكَالًا وَقَوْلُ عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ عني بِآيَةِ التَّحْلِيلِ قَوْلَهُ عز وجل { إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ } وَبِآيَةِ التَّحْرِيمِ قَوْلَهُ عز وجل { وَأَنْ تَجْمَعُوا بين الْأُخْتَيْنِ إلَّا ما قد سَلَفَ } وَذَلِكَ منه إشَارَةٌ إلَى تَعَارُضِ دَلِيلَيْ الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ فَلَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ مع التَّعَارُضِ وَلِعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسُّنَّةُ

أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ عز وجل { وَأَنْ تَجْمَعُوا بين الْأُخْتَيْنِ } وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ جَمْعٌ فَيَكُونُ حَرَامًا

وَأَمَّا السُّنَّةُ فما روى عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من كان يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَجْمَعَنَّ مَاءَهُ في رَحِمِ أُخْتَيْنِ

وَأَمَّا قَوْلُ عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ فَالْأَخْذُ بِالْمُحَرَّمِ أَوْلَى عِنْدَ التَّعَارُضِ احْتِيَاطًا لِلْحُرْمَةِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ الْمَأْثَمُ بِارْتِكَابِ الْمُحَرَّمِ وَلَا مَأْثَمَ في تَرْكِ الْمُبَاحِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الإبضاع هو الْحُرْمَةُ وَالْإِبَاحَةُ بِدَلِيلٍ فإذا تَعَارَضَ دَلِيلُ الْحِلِّ وَالْحُرْمَةِ تَدَافَعَا فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالْأَصْلِ وَكَمَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ لَا يَجُوزُ في الدَّوَاعِي من اللَّمْسِ وَالتَّقْبِيلِ وَالنَّظَرِ إلَى الْفَرْجِ عن شَهْوَةٍ لِأَنَّ الدَّوَاعِيَ إلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ إذَا مَلَكَ أُخْتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يَطَأَ إحْدَاهُمَا لِأَنَّ الْأَمَةَ لَا تَصِيرُ فِرَاشًا بِالْمِلْكِ وإذا وطىء إحْدَاهُمَا ليس له أَنْ يَطَأَ الْأُخْرَى بَعْدَ ذلك لِأَنَّهُ لو وطىء لَصَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ حَقِيقَةً وَكَذَا إذَا مَلَكَ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا ثُمَّ مَلَكَ أُخْتَهَا كان له أَنْ يَطَأَ الْأُولَى لِمَا قُلْنَا وَلَيْسَ له أَنْ يَطَأَ الْأُخْرَى بَعْدَ ذلك لم ما يُحَرِّمْ فَرْجَ الْأُولَى على نَفْسِهِ أما بِالتَّزْوِيجِ أو بِالْإِخْرَاجِ عن مِلْكِهِ بِالْإِعْتَاقِ أو بِالْبَيْعِ أو بِالْهِبَةِ أو بِالصَّدَقَةِ لِأَنَّهُ لو وطىء الْأُخْرَى لَصَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا

فِي الْوَطْءِ حَقِيقَةً وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلَوْ كَاتَبَهَا يَحِلُّ له وطىء (((وطء))) الْأُخْرَى في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ لم يَمْلِكْ وَطْأَهَا غَيْرُهُ وقال في هذه الرِّوَايَةِ أَيْضًا أنه لو مَلَكَ فَرْجَ الْأُولَى غَيْرُهُ لم يَكُنْ له أَنْ يَطَأَ الْأُخْرَى حتى تَحِيضَ الْأُولَى حَيْضَةً بَعْدَ وَطْئِهَا لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا فَيَكُونُ جَامِعًا مَاءَهُ في رَحِمِ أُخْتَيْنِ فَيَسْتَبْرِئُهَا بِحَيْضَةٍ حتى يَعْلَمَ أنها لَيْسَتْ بِحَامِلٍ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ حَرَّمَ فَرْجَهَا على الْمَوْلَى بِالْكِتَابَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو وَطِئَهَا لَزِمَهُ الْعُقْرُ وَلَوْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أو نِكَاحٍ كان الْمَهْرُ لها لَا لِلْمَوْلَى فَلَا يَصِيرُ بِوَطْءِ الْأُخْرَى جَامِعًا بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ وَلَوْ تَزَوَّجَ جَارِيَةً ولم يَطَأْهَا حتى مَلَكَ أُخْتَهَا فَلَيْسَ له أَنْ يَطَأَ الْمُشْتَرَاةَ لأنه الْفِرَاشَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ النِّكَاحِ وَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ يُقْصَدُ بِهِ الْوَطْءُ وَالْوَلَدُ فَصَارَتْ الْمَنْكُوحَةُ مَوْطُوءَةً حُكْمًا فَلَوْ وطىء الْمُشْتَرَاةَ لَصَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ وَلَوْ كانت في مكله (((ملكه))) جَارِيَةٌ قد وَطِئَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَتَزَوَّجَ أُخْتَ أُمِّ وَلَدِهِ جَازَ النِّكَاحُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَلَكِنْ لَا يَطَأُ الزَّوْجَةَ ما لم يُحَرِّمْ فَرْجَ الْأَمَةِ التي في مِلْكِهِ أو أُمَّ وَلَدِهِ وقال مَالِكٌ لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أن النِّكَاحَ بِمَنْزِلَةِ الْوَطْءِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ بِهِ النَّسَبُ كَالْوَطْءِ وَبِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ له أَنْ يَطَأَ الْمَمْلُوكَةَ هَهُنَا بَعْدَ نِكَاحِ أُخْتِهَا فَلَوْ لم يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ الْوَطْءِ لَجَازَ وإذا كان النِّكَاحُ بِمَنْزِلَةِ الْوَطْءِ يَصِيرُ بِالنِّكَاحِ جَامِعًا لِمَا بَيَّنَّا في الْوَطْءِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ
وَلَنَا أَنَّ النِّكَاحَ ليس بِوَطْءٍ حَقِيقَةً وَلَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الْوَطْءِ أَيْضًا لِأَنَّ النِّكَاحَ يُلَاقِي الْأَجْنَبِيَّةَ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الْأَجْنَبِيَّةِ فَلَا يَكُونُ نِكَاحُهَا جَامِعًا بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ إلَّا أَنَّ النِّكَاحَ إذَا انْعَقَدَ يَجْعَلُ الْوَطْءَ مَوْجُودًا حُكْمًا بَعْدَ الِانْعِقَادِ لِمَا أَنَّ الْحُكْمَ الْمُخْتَصَّ بِالنِّكَاحِ هو الْوَطْءُ وَثَمَرَتُهُ الْمَطْلُوبَةُ منه الْوَلَدُ وَلَا حُصُولَ له عَادَةً بِدُونِ الْوَطْءِ فَجَعَلَهُ الشَّارِعُ حُكْمًا وَاطِئًا بَعْدَ انْعِقَادِ النِّكَاحِ وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْفِرَاشِ فَلَوْ وطىء الْمَمْلُوكَةَ لَصَارَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا وطأ وَلِأَنَّ الْأَمَةَ لَا تَصِيرُ فِرَاشًا بِنَفْسِ الْوَطْءِ عِنْدَنَا حتى لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدُونِ الدَّعْوَةِ فَلَا يَكُونُ نِكَاحُ أُخْتِهَا جَمْعًا بَيْنَهُمَا في الْفِرَاشِ فَلَا يُمْنَعُ منه وَأُمُّ الْوَلَدِ فِرَاشُهَا ضَعِيفٌ حتى يَنْتَفِيَ نَسَبُ وَلَدِهِ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ وهو مُجَرَّدُ النَّفْيِ من غَيْرِ لِعَانٍ
وَكَذَا يُحْتَمَلُ النَّقْلُ إلَى غَيْرِهِ فَلَا يتحقر (((يتحقق))) النِّكَاحُ جَمْعًا بَيْنَهُمَا في الْفِرَاشِ مُطْلَقًا فَلَا يُمْنَعُ نَسَبُ وَلَدِهِ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ وهو مُجَرَّدُ النَّفْيِ من غَيْرِ لِعَانٍ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ أُمِّ وَلَدِهِ التي تَعْتَدُّ منه بِأَنَّهُ أَعْتَقَهَا وَوَجَبَتْ عليها الْعِدَّةُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَجُوزُ أَنْ تَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا في عِدَّتِهَا وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ كِلَاهُمَا وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ كِلَاهُمَا
وَجْهُ قَوْلِهِ أن هذه مُعْتَدَّةٌ فَلَا يَجُوزُ التَّزَوُّجُ بِأُخْتِهَا وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا كَالْحُرَّةِ الْمُعْتَدَّةِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْحُرْمَةَ في الْحُرَّةِ لِمَكَانِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا في النِّكَاحِ من وَجْهٍ ولم يُوجَدْ في أُمِّ الْوَلَدِ لِانْعِدَامِ النِّكَاحِ أَصْلًا وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ في أُمِّ الْوَلَدِ أَثَرُ فِرَاشِ الْمِلْكِ وَحَقِيقَةُ الْفِرَاشِ فيها لَا يَمْنَعُ النِّكَاحَ حتى لو تَزَوَّجَ أُخْتَ أُمِّ وَلَدِهِ وَأَرْبَعَ نِسْوَةٍ قبل أَنْ يُعْتِقَهَا جَازَ فإذا لم يَكُنْ فِرَاشُ الْمِلْكِ حَقِيقَةً مَانِعًا فَأَثَرُهُ أَوْلَى أَنْ لَا يَمْنَعَ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إنَّمَا جَازَ نِكَاحُ أُخْتِ أُمِّ الْوَلَدِ قبل الْإِعْتَاقِ لِضَعْفِ فِرَاشِهَا على ما بَيَّنَّا فإذا أَعْتَقَهَا قوى فِرَاشُهَا فَكَانَ نِكَاحُ أُخْتِهَا جَمْعًا بَيْنَهُمَا في الْفِرَاشِ وهو اسْتِلْحَاقُ نَسَبِ وَلَدَيْهَا وَلَا يَجُوزُ اسْتِلْحَاقُ نَسَبِ وَلَدِ أُخْتَيْنِ في زَمَانٍ

وَاحِدٍ وَلِهَذَا لو تَزَوَّجَ أُخْتَ أُمِّ وَلَدِهِ لَا يَحِلُّ له وَطْءُ الْمَنْكُوحَةِ حتى يُزِيلَ فِرَاشَ أُمِّ الْوَلَدِ وَنِكَاحَ الْأَرْبَعِ وَإِنْ كان جَمْعًا بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَهَا في الْفِرَاشِ لَكِنْ الْجَمْعَ هَهُنَا في الْفِرَاشِ جَائِزٌ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَازَ قبل الْإِعْتَاقِ فإنه إذَا تَزَوَّجَ أَرْبَعًا قبل الْإِعْتَاقِ يَحِلُّ له وَطْؤُهُنَّ وَوَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ فَكَذَا بَعْدَ الْإِعْتَاقِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْجَمْعُ بين الْأَجْنَبِيَّاتِ فَنَوْعَانِ أَيْضًا جَمْعٌ في النِّكَاحِ وَجَمْعٌ في الْوَطْءِ وَدَوَاعِيهِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ أَمَّا الْجَمْعُ في النِّكَاحِ فَنَقُولُ لَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ من أَرْبَعِ زَوْجَاتٍ من الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال بَعْضُهُمْ يُبَاحُ له الْجَمْعُ بين التِّسْعِ وقال بَعْضُهُمْ يُبَاحُ له الْجَمْعُ بين ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْله تَعَالَى { فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ } فَالْأَوَّلُونَ قالوا إنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ هذه الْأَعْدَادَ بِحَرْفِ الْوَاوِ وَأَنَّهُ لِلْجَمْعِ وَجُمْلَتُهَا تِسْعَةٌ فَيَقْتَضِي إبَاحَةَ نِكَاحِ تِسْعٍ
وَاسْتَدَلُّوا أَيْضًا بِفِعْلِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ تَزَوَّجَ

تِسْعَ نِسْوَةٍ وهو قُدْوَةُ الْأُمَّةِ وَالْآخَرُونَ قالوا الْمَثْنَى ضِعْفُ الإثنين وَالثُّلَاثُ ضِعْفُ الثَّلَاثَةِ وَالرُّبَاعُ ضِعْفُ الْأَرْبَعَةِ فَجُمْلَتُهَا ثَمَانِيَةَ عَشَرَ
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ ثَمَانِ نِسْوَةٍ فَأَسْلَمْنَ فقال له رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم اخْتَرْ مِنْهُنَّ أربعا (((أربعة))) وَفَارِقْ الْبَوَاقِيَ أَمَرَهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِمُفَارَقَةِ الْبَوَاقِي وَلَوْ كانت الزِّيَادَةُ على الْأَرْبَعِ حلال (((حلالا))) لَمَا أَمَرَهُ فَدَلَّ أَنَّهُ مُنْتَهَى الْعَدَدِ الْمَشْرُوعِ وهو الْأَرْبَعُ وَلِأَنَّ في الزِّيَادَةِ على الْأَرْبَعِ خَوْفَ الْجَوْرِ عَلَيْهِنَّ بِالْعَجْزِ عن الْقِيَامِ بِحُقُوقِهِنَّ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على الْوَفَاءِ بِحُقُوقِهِنَّ وَإِلَيْهِ وَقَعَتْ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ عز وجل { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً } أَيْ لَا تَعْدِلُوا في الْقَسْمِ وَالْجِمَاعِ وَالنَّفَقَةِ في نكح (((نكاح))) الْمَثْنَى وَالثُّلَاثِ وَالرُّبَاعِ فَوَاحِدَةً بِخِلَافِ نِكَاحِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لِأَنَّ خَوْفَ الْجَوْرِ منه غَيْرُ مَوْهُومٍ لِكَوْنِهِ مُؤَيَّدًا على الْقِيَامِ بِحُقُوقِهِنَّ بالتأييد (((بالتأبيد))) الْإِلَهِيِّ فَكَانَ ذلك من الْآيَاتِ الدَّالَّةِ على نُبُوَّتِهِ لِأَنَّهُ آثَرَ الْفَقْرَ على الْغِنَى وَالضِّيقَ على السَّعَةِ وَتَحَمُّلَ الشَّدَائِدِ وَالْمَشَاقِّ على الْهُوَيْنَا من الْعِبَادَاتِ وَالْأُمُورِ الثَّقِيلَةِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ أَسْبَابُ قَطْعِ الشَّهَوَاتِ وَالْحَاجَةِ إلَى النِّسَاءِ وَمَعَ ذلك كان يَقُومُ بِحُقُوقِهِنَّ دَلَّ أَنَّهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم إنَّمَا قَدَرَ على ذلك بِاَللَّهِ تَعَالَى
وَأَمَّا الْآيَةُ فَلَا يُمْكِنُ الْعَمَلُ بِظَاهِرِهَا لِأَنَّ الْمَثْنَى ليس عِبَارَةً عن الإثنين وَلَا الثُّلَاثَ عن الثَّلَاثِ وَالرُّبَاعَ عن الْأَرْبَعِ بَلْ أَدْنَى ما يُرَادُ بِالْمَثْنَى مَرَّتَانِ من هذا الْعَدَدِ وَأَدْنَى ما يُرَادُ بِالثُّلَاثِ ثَلَاثُ مَرَّاتٍ من الْعَدَدِ وَكَذَا الرُّبَاعُ وَذَلِكَ يَزِيدُ على التِّسْعَةِ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَلَا قَائِلَ بِهِ دَلَّ أَنَّ الْعَمَلَ بِظَاهِرِ الأية مُتَعَذِّرٌ فَلَا بُدَّ لها من تَأْوِيلٍ وَلَهَا تَأْوِيلَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ على التَّخْيِيرِ بين نِكَاحِ الإثنين وَالثَّلَاثِ وَالْأَرْبَعِ كَأَنَّهُ قال عز وجل { مَثْنَى وثلاث ورباع (((ثلاث))) } فإن وَاسْتِعْمَالُ الْوَاوِ مَكَانَ أو جَائِزٌ
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ ذِكْرُ هذه الْأَعْدَادِ على التَّدَاخُلِ وهو أَنَّ قَوْلَهُ وَثُلَاثَ تَدْخُلُ فيه الْمَثْنَى وَقَوْلَهُ عز وجل { وَرُبَاعَ } يَدْخُلُ فيه الثُّلَاثُ كما في قَوْلِهِ { أئنكم

(((أإنكم))) لَتَكْفُرُونَ بِالَّذِي خَلَقَ الْأَرْضَ في يَوْمَيْنِ } ثُمَّ قال عز وجل { وَجَعَلَ فيها رَوَاسِيَ من فَوْقِهَا وَبَارَكَ فيها وَقَدَّرَ فيها أَقْوَاتَهَا في أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ } وَالْيَوْمَانِ الْأَوَّلَانِ دَاخِلَانِ في الْأَرْبَعِ لِأَنَّهُ لو لم يَكُنْ كَذَلِكَ لَكَانَ خَلْقُ هذه الْجُمْلَةِ في سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ أَخْبَرَ عز وجل أَنَّهُ خَلَقَ السَّمَوَاتِ في يَوْمَيْنِ بِقَوْلِهِ عز وجل { فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سماوات (((سموات))) في يَوْمَيْنِ } فَيَكُونُ خَلْقُ الْجَمِيعِ في ثَمَانِيَةِ أَيَّامٍ وقد أَخْبَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ { خَلَقَ السماوات (((السموات))) وَالْأَرْضَ في سِتَّةِ أَيَّامٍ } فَيُؤَدِّي إلَى الْخُلْفِ في خَبَرِ من يَسْتَحِيلُ عليه الْخُلْفُ فَكَانَ على التَّدَاخُلِ فَكَذَا هَهُنَا جَازَ أَنْ يَكُونَ الْعَدَدُ الْأَوَّلُ دَاخِلًا في الثَّانِي وَالثَّانِي في الثَّالِثِ فَكَانَ في الْآيَةِ إبَاحَةُ نِكَاحِ الْأَرْبَعِ وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ من اثْنَتَيْنِ لِمَا رَوَيْنَا من الحديث وَذَكَرْنَا من الْمَعْنَى فِيمَا تَقَدَّمَ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْجَمْعُ في الْوَطْءِ وَدَوَاعِيهِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ فَجَائِزٌ وَإِنْ كَثُرَتْ الْجَوَارِي لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } أَيْ إنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا في نِكَاحِ الْمَثْنَى وَالثُّلَاثِ وَالرُّبَاعِ بِإِيفَاءِ حُقُوقِهِنَّ فإنكحوا وَاحِدَةً وَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا في وَاحِدَةٍ فَمِمَّا مملكت (((ملكت))) أَيْمَانُكُمْ كَأَنَّهُ قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى هذا أو هذا أَيْ الزِّيَادَةُ على الْوَاحِدَةِ إلَى الْأَرْبَعِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ على الْمُعَادَلَةِ وَعِنْدَ خَوْفِ الْجَوْرِ في ذلك الْوَاحِدَةُ من الْحَرَائِرِ وَعِنْدَ خَوْفِ الْجَوْرِ في نِكَاحِ الْوَاحِدَةِ هو شِرَاءُ الْجَوَارِي وَالتَّسَرِّي بِهِنَّ وَذَلِكَ قَوْلُهُ عز وجل { أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } ذَكَرَهُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الْعَدَدِ وقال تَعَالَى { إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ } من غَيْرِ شَرْطِ الْعَدَدِ وقال عز وجل { وَالْمُحْصَنَاتُ من النِّسَاءِ إلَّا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } مُطْلَقًا وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الزِّيَادَةِ على الْأَرْبَعِ في الزَّوْجَاتِ لِخَوْفِ الْجَوْرِ عَلَيْهِنَّ في الْقَسْمِ وَالْجِمَاعِ ولم يُوجَدْ هذا الْمَعْنَى في الْإِمَاءِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُنَّ قِبَلَ الْمَوْلَى في الْقَسْمِ وَالْجِمَاعِ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ هو شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ فَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ على الْحُرَّةِ وَالْأَصْلُ فيه ما روى عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ على الْحُرَّةِ وقال عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه وَتُنْكَحُ الْحُرَّةُ على الْأَمَةِ وَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ من الْقَسْمِ وَلِلْأَمَةِ الثُّلُثُ وَلِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ

تنبىء عن الشَّرَفِ وَالْعِزَّةِ وَكَمَالِ الْحَالِ فَنِكَاحُ الْأَمَةِ على الْحُرَّةِ إدْخَالٌ على الْحُرَّةِ من لَا يُسَاوِيهَا في الْقَسْمِ وَذَلِكَ يُشْعِرُ بِالِاسْتِهَانَةِ وَإِلْحَاقِ الشَّيْنِ وَنُقْصَانِ الْحَالِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَسَوَاءٌ كان الْمُتَزَوِّجُ حُرًّا أو عَبْدًا عِنْدَنَا لِأَنَّ ما رَوَيْنَا من الحديث وَذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً على حُرَّةٍ بِنَاءً على أَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ لِلْحُرِّ عِنْدَهُ لِعَدَمِ شَرْطِ الْجَوَازِ وهو عَدَمُ طَوْلِ الْحُرَّةِ وَهَذَا شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَهُ في حَقِّ الْحُرِّ لَا في حَقِّ الْعَبْدِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَكَذَا خُلُوُّ الْحُرَّةِ عن الْعِدَّةِ شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً على حُرَّةٍ تَعْتَدُّ من طَلَاقٍ بَائِنٍ أو ثَلَاثٍ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُحَرَّمَ ليس هو الْجَمْعُ بين الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو تَزَوَّجَ أَمَةً ثُمَّ تَزَوَّجَ حُرَّةً جَازَ وقد حَصَلَ الْجَمْعُ وَإِنَّمَا الْمُحَرَّمُ هو نِكَاحُ الْأَمَةِ على الْحُرَّةِ وقال صلى اللَّهُ عليه وسلم لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ على الْحُرَّةِ وَلَا يَتَحَقَّقُ النِّكَاحُ عليها بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ على امْرَأَتِهِ فَتَزَوَّجَ بعد ما أَبَانَهَا في عِدَّتِهَا لَا يَحْنَثُ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ نِكَاحَ الْأَمَةِ في عِدَّةِ الْحُرَّةِ نِكَاحٌ عليها من وَجْهٍ لِأَنَّ بَعْضَ آثَارِ النِّكَاحِ قَائِمٌ فَكَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا من وَجْهٍ فَكَانَ نِكَاحُهَا عليها من وَجْهٍ وَالثَّابِتُ من وَجْهٍ مُلْحَقٌ بِالثَّابِتِ من كل وَجْهٍ في بَابِ الْحُرُمَاتِ احْتِيَاطًا فَيُحَرَّمُ كَنِكَاحِ الْأُخْتِ في عِدَّةِ الْأُخْتِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَأَمَّا عَدَمُ طَوْلِ الْحُرَّةِ وهو الْقُدْرَةُ على مَهْرِ الْحُرَّةِ وَخَشْيَةُ الْعَنَتِ فَلَيْسَ من شَرْطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَالْحَاصِلُ أَنَّ من شَرَائِطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ أَنْ لَا يَكُونَ في نِكَاحِ الْمُتَزَوِّجِ حُرَّةٌ وَلَا في عِدَّةِ حُرَّةٍ وَعِنْدَهُمَا خُلُوُّ الْحُرَّةِ عن عِدَّةِ الْبَيْنُونَةِ ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ من شَرَائِطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ أَنْ لَا يَكُونَ في نِكَاحِهِ حُرَّةٌ وَأَنْ لَا يَكُونَ قَادِرًا على مَهْرِ الْحُرَّة وَأَنْ يَخْشَى الْعَنَتَ حتى إذَا كان في مِلْكِهِ أَمَةٌ يَطَؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ جَازَ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ خَشْيَةِ الْعَنَتِ وَكَذَلِكَ الْحُرُّ يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ من أَمَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ إذَا تَزَوَّجَ أَمَةً وَاحِدَةً لَا يَجُوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً أُخْرَى لِزَوَالِ خَشْيَةِ الْعَنَتِ بِالْوَاحِدَةِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ طَوْلَ الْحُرَّةِ لَا يَمْنَعُ الْعَبْدَ من نِكَاحِ الْأَمَةِ

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَنْ لم يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فمن (((فمما))) ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ من فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ }

وَمَنْ كَلِمَةُ شَرْطٍ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ عز وجل الْعَجْزَ عن طَوْلِ الْحُرَّةِ شَرْطًا لِجَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ فَيَتَعَلَّقُ الْجَوَازُ بِهِ كما في قَوْله تَعَالَى { فَمَنْ لم يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا } وَنَحْوِ ذلك وقال تَعَالَى ذلك { لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ } وهو الزِّنَا شَرَطَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى خَشْيَةَ الْعَنَتِ لِجَوَازِ نِكَاحِ الْأَمَةِ فَيَتَقَيَّدُ الْجَوَازُ بهذا الشَّرْطِ أَيْضًا وَلِأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الْإِمَاءِ في الْأَصْلِ ثَبَتَ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ لِمَا يَتَضَمَّنُ نِكَاحَهُنَّ من إرْقَاقِ الْحُرِّ لِأَنَّ مَاءَ الْحُرِّ حُرٌّ تَبَعًا له وكان في نِكَاحِ الْحُرِّ الْأَمَةَ إرْقَاقُ حُرٍّ جزأ وَإِلَى هذا أَشَارَ عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه فِيمَا روي عنه أَنَّهُ قال أَيُّمَا حُرٍّ تَزَوَّجَ أَمَةً فَقَدْ أَرَّقَ نِصْفَهُ وَأَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ حُرَّةً فَقَدْ أَعْتَقَ نِصْفَهُ وَلَا يَجُوزُ إرْقَاقُ الْجُزْءِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَلِهَذَا إذَا كان تَحْتَهُ حُرَّةٌ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِرْقَاقَ إهْلَاكٌ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفِعًا بِهِ في حَقِّ نَفْسِهِ وَيَصِيرُ مُلْحَقًا بِالْبَهَائِمِ وَهَلَاكُ الْجُزْءِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ لَا يَجُوزُ كَقَطْعِ الْيَدِ وَنَحْوِ ذلك وَلَا ضَرُورَةَ حَالَةَ الْقُدْرَةِ على طَوْلِ الْحُرَّةِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ فيها على هذا الْأَصْلِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ إذَا كانت حُرَّةً لِارْتِفَاعِ الضَّرُورَةِ بِالْحُرَّةِ بِخِلَافِ ما إذَا كان الْمُتَزَوِّجُ عَبْدًا لِأَنَّ نِكَاحَهُ ليس إرْقَاقَ الْحُرِّ لِأَنَّ مَاءَهُ رَقِيقٌ تَبَعًا له وَإِرْقَاقُ الرَّقِيقِ لَا يُتَصَوَّرُ

وَلَنَا عُمُومَاتُ النِّكَاحِ نَحْوُ قَوْله تَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ من عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ }

وَقَوْلِهِ عز وجل { فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ } وَقَوْلِهِ عز وجل { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } من غَيْرِ فَصْلٍ بين حَالِ الْقُدْرَةِ على مَهْرِ الْحُرَّةِ وَعَدَمِهَا وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ مَصْلَحَةٍ في الْأَصْلِ لِاشْتِمَالِهِ على الْمَصَالِحِ الدِّينِيَّةِ وَالدُّنْيَوِيَّةِ فَكَانَ الْأَصْلُ فيه هو الْجَوَازَ إذَا صَدَرَ من الْأَهْلِ في الْمَحَلِّ وقد وَجَدُوا الْآيَةَ فَفِيهَا إبَاحَةُ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَ عَدَمِ طَوْلِ الْحُرَّةِ وَهَذَا لَا يَنْفِي الْإِبَاحَةَ عِنْدَ وُجُودِ الطَّوْلِ فَالتَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ عِنْدَنَا يَقْتَضِي الْوُجُودَ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ

وإما (((إما))) لَا يَقْتَضِي الْعَدَمَ عِنْدَ عَدَمِهِ قال اللَّهُ تَعَالَى { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا }

ثُمَّ إذَا تَزَوَّجَ وَاحِدَةً جَازَ وَإِنْ كان لَا يَخَافُ الْجَوْرِ في نِكَاحِ الْمَثْنَى وَالثُّلَاثِ وَالرُّبَاعِ وقال تَعَالَى في الْإِمَاءِ { فإذا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ ما على الْمُحْصَنَاتِ من الْعَذَابِ } وَهَذَا لَا يَدُلُّ على نَفْيِ الْحَدِّ عَنْهُنَّ عِنْدَ عَدَمِ الْإِحْصَانِ وهو التَّزَوُّجُ وهو الْجَوَابُ عن قَوْلِهِ عز وجل { ذلك لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ } على أَنَّ الْعَنَتَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الضِّيقُ كَقَوْلِهِ عز وجل { وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ } أَيْ لَضَيَّقَ عَلَيْكُمْ أَيْ من يُضَيَّقُ عليه النَّفَقَةُ وَالْإِسْكَانُ لِتَرْكِ الْحُرَّةِ بِالطَّلَاقِ وَتَزَوُّجِ الْأَمَةِ فَالطَّوْلُ الْمَذْكُورُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْقُدْرَةُ على الْمَهْرِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْقُدْرَةُ على الْوَطْءِ لِأَنَّ النِّكَاحَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ الْوَطْءُ بَلْ حَقِيقَةُ الْوَطْءِ على ما عُرِفَ فَكَانَ مَعْنَاهُ فَمَنْ لم يَقْدِرْ مِنْكُمْ على وَطْءِ الْمُحْصَنَاتِ وَهِيَ الْحَرَائِرُ وَالْقُدْرَةُ على وَطْءِ الْحُرَّةِ إنَّمَا يَكُونُ في النِّكَاحِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ أَنَّ من لم يَقْدِرْ على وَطْءِ الْحُرَّةِ بِأَنْ لم يَكُنْ في نِكَاحِهِ حُرَّةٌ يَجُوزُ له نِكَاحُ الْأَمَةِ وَمَنْ قَدَرَ على ذلك بِأَنْ كان في نِكَاحِهِ حُرَّةٌ لَا يَجُوزُ له نِكَاحُ الْأَمَةِ وَنُقِلَ هذا التَّأْوِيلُ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ على أَنَّ فيها إبَاحَةَ نِكَاحِ الْأَمَةِ عِنْدَ عَدَمِ طَوْلِ الْحُرَّةِ وَهَذَا تَقْدِيمٌ وَتَأْخِيرٌ في الْجَوَابِ عن التَّعْلِيقِ بِالْآيَةِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ يَتَضَمَّنُ إرْقَاقَ الْجُزْءِ لِأَنَّ مَاءَ الْحُرِّ حُرٌّ فَنَقُولُ إنْ عني بِهِ إثْبَاتَ حَقِيقَةِ الرِّقِّ فَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ لِأَنَّ الْمَاءَ جَمَادٌ لَا يُوصَفُ بِالرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ وَإِنْ عني بِهِ التسبب (((النسب))) إلَى حُدُوثِ رِقِّ الْوَلَدِ فَهَذَا مُسَلَّمٌ لَكِنَّ أَثَرَ هذا في الْكَرَاهَةِ لَا في الْحُرِّيَّةِ فإن نِكَاحَ الْأَمَةِ في حَالِ طَوْلِ الْحُرَّةِ في حَقِّ الْعَبْدِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان نِكَاحُهَا مُبَاشَرَةَ سَبَبِ حُدُوثِ الرِّقِّ عِنْدَنَا فَكُرِهَ نِكَاحُ الْأَمَةِ مع طَوْلِ الْحُرَّةِ

وَلَوْ تَزَوَّجَ أَمَةً وَحُرَّةً في عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ جَازَ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَبَطَلَ نِكَاحُ الْأَمَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا على صَاحِبَتِهَا مَدْخُولَةٌ عليها فَيُعْتَبَرُ حَالَةُ الِاجْتِمَاعِ بِحَالِ الِانْفِرَادِ فَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ لِأَنَّ نِكَاحَهَا على الْأَمَةِ حَالَةَ الِانْفِرَادِ جَائِزٌ فَكَذَا حَالَةُ الِاجْتِمَاعِ وَيَبْطُلُ نِكَاحُ الْأَمَةِ لِأَنَّ نِكَاحَهَا على الْحُرَّةِ وَإِدْخَالَهَا عليها لَا يَجُوزُ حَالَةَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ بِخِلَافِ ما إذَا تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ في عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ هُنَاكَ هو الْجَمْعُ بين الْأُخْتَيْنِ وَالْجَمْعُ حَصَلَ بِهِمَا فَبَطَلَ نِكَاحُهُمَا وهنا (((وهاهنا))) الْمُحَرَّمُ هو إدْخَالُ الْأَمَةِ على الْحُرَّةِ لَا الْجَمْعُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كان نِكَاحُ الْأَمَةِ مُتَقَدِّمًا على نِكَاحِ الْحُرَّةِ جَازَ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَإِنْ وُجِدَ الْجَمْعُ فَكَذَلِكَ إذَا اقْتَرَنَ الْأَمْرَانِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَم

وَكَذَلِكَ إذَا جَمَعَ بين أَجْنَبِيَّةٍ وَذَاتِ مَحَارِمِهِ جَازَ نِكَاحُ الْأَجْنَبِيَّةِ وَبَطَلَ نِكَاحُ الْمَحْرَمِ وَيُعْتَبَرُ حَالَةُ الِاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ وَهَلْ يَنْقَسِمُ الْمَهْرُ عَلَيْهِمَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لَا يَنْقَسِمُ وَيَكُونُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيَّةِ

وَعِنْدَهُمَا يَنْقَسِمُ الْمُسَمَّى على قَدْرِ مَهْرِ مِثْلِهَا

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا تَكُونَ مَنْكُوحَةَ الْغَيْرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالْمُحْصَنَاتُ من النِّسَاءِ

} مَعْطُوفًا على قَوْلِهِ عز وجل { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ } إلَى قَوْلِهِ { وَالْمُحْصَنَاتُ من النِّسَاءِ } وَهُنَّ ذَوَاتُ الْأَزْوَاجِ وَسَوَاءٌ كان زَوْجُهَا مُسْلِمًا أو كَافِرًا إلَّا الْمَسْبِيَّةَ التي هِيَ ذَاتُ زَوْجٍ سُبِيَتْ وَحْدَهَا لِأَنَّ قَوْلَهُ عز وجل { وَالْمُحْصَنَاتُ من النِّسَاءِ } عَامٌّ في جَمِيعِ ذَوَاتِ الْأَزْوَاجِ ثُمَّ اسْتَثْنَى تَعَالَى منها الْمَمْلُوكَاتِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { إلَّا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } وَالْمُرَادُ منها الْمَسْبِيَّاتُ اللَّاتِي سُبِينَ وَهُنَّ ذَوَاتُ الْأَزْوَاجِ لِيَكُونَ الْمُسْتَثْنَى من جِنْسِ الْمُسْتَثْنَى منه فَيَقْتَضِي حُرْمَةَ نِكَاحِ كل ذَاتِ زَوْجٍ إلَّا التي سُبِيَتْ كَذَا روى عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال في هذه الْآيَةِ كُلُّ ذَاتِ زَوْجٍ إتْيَانُهَا زِنًا إلَّا ما سُبِيَتْ

وَالْمُرَادُ منه التي سُبِيَتْ وَحْدَهَا وَأُخْرِجَتْ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ تَثْبُتُ بِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ عِنْدَنَا لَا بِنَفْسِ السَّبْيِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَصَارَتْ هِيَ في حُكْمِ الذِّمِّيَّةِ وَلِأَنَّ اجْتِمَاعَ رَجُلَيْنِ على امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ يُفْسِدُ الْفِرَاشَ لِأَنَّهُ يُوجِبُ اشْتِبَاهَ النَّسَبِ وَتَضْيِيعَ الْوَلَدِ وَفَوَاتَ السَّكَنِ والإلفة وَالْمَوَدَّةِ فَيَفُوتُ ما وُضِعَ النِّكَاحُ له

فَصْلٌ وَمِنْهَا بِأَنْ لَا تَكُونَ مُعْتَدَّةَ الْغَيْرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حتى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ } أَيْ ما كُتِبَ عليها من التَّرَبُّصِ وَلِأَنَّ بَعْضَ أَحْكَامِ النِّكَاحِ حَالَةَ الْعَدَمِ قَائِمٌ فَكَانَ النِّكَاحُ قَائِمًا من وَجْهٍ وَالثَّابِتُ

من وَجْهٍ كَالثَّابِتِ من كل وَجْهٍ في بَابِ الْحُرُمَاتِ وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بِالْخِطْبَةِ في حَالِ قِيَامِ الْعِدَّةِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ خِطْبَتَهَا بِالنِّكَاحِ دُونَ حَقِيقَةِ النِّكَاحِ فما لم تَجُزْ الْخِطْبَةُ فَلَأَنْ لَا يَجُوزَ الْعَقْدُ أَوْلَى وَسَوَاءٌ كانت الْعِدَّةُ عن طَلَاقٍ أو عن وَفَاةٍ أو دُخُولٍ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ أو شُبْهَةِ نِكَاحٍ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ

وَيَجُوزُ لِصَاحِبِ الْعِدَّةِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إذَا لم يَكُنْ هُنَاكَ مَانِعٌ آخَرُ غَيْرُ الْعِدَّةِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ حَقُّهُ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا } أَضَافَ الْعِدَّةَ إلَى الْأَزْوَاجِ فَدَلَّ أنها حَقُّ الزَّوْجِ وَحَقُّ الْإِنْسَانِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْنَعَهُ من التَّصَرُّفِ وَإِنَّمَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ في حَقِّ الْغَيْرِ وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْمَسْبِيَّةِ بِغَيْرِ السَّابِي إذَا سُبِيَتْ وَحْدَهَا دُونَ زَوْجِهَا وَأُخْرِجَتْ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا وَلَا عِدَّةَ عليها لِقَوْلِهِ عز وجل { وَالْمُحْصَنَاتُ من النِّسَاءِ إلَّا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } وَالْمُرَادُ منه الْمَسْبِيَّاتُ اللَّاتِي هُنَّ ذَوَاتُ الْأَزْوَاجِ فَقَدْ أَحَلَّ اللَّهُ تَعَالَى الْمَسْبِيَّةَ لِلْمَوْلَى السَّابِي إذْ الِاسْتِثْنَاءُ من التَّحْرِيمِ إبَاحَةٌ من حَيْثُ الظَّاهِرِ وقد أَحَلَّهَا عز وجل مُطْلَقًا من غَيْرِ شَرْطِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَدَلَّ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عليها وَكَذَلِكَ الْمُهَاجِرَةُ وَهِيَ الْمَرْأَةُ خَرَجَتْ إلَيْنَا من دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمَةً مُرَاغِمَةً لِزَوْجِهَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلَا عِدَّةَ عليها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عليها الْعِدَّةُ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ بِتَبَايُنِ الدَّارِ فَتَقَعُ بَعْدَ دُخُولِهَا دَارَ الْإِسْلَامِ وَهِيَ بَعْدَ الدُّخُولِ مُسْلِمَةٌ وفي دَارِ الْإِسْلَامِ فَتَجِبُ عليها الْعِدَّةُ كَسَائِرِ الْمُسْلِمَاتِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْله تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ } إلَى قَوْلِهِ عز وجل { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } أَبَاحَ تَعَالَى نِكَاحَ الْمُهَاجِرَةِ مُطْلَقًا من غَيْرِ ذِكْرِ الْعِدَّةِ وَقَوْله تَعَالَى { وَلَا

تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ } نهى اللَّهُ تَعَالَى الْمُسْلِمِينَ عن الْإِمْسَاكِ وَالِامْتِنَاعِ عن نِكَاحِ الْمُهَاجِرَةِ لِأَجْلِ عِصْمَةِ الزَّوْجِ الْكَافِرِ وَحُرْمَتِهِ فَالِامْتِنَاعُ عن نِكَاحِهَا لِلْعِدَّةِ وَالْعِدَّةُ في حَقِّ الزَّوْجِ يَكُونُ إمْسَاكًا وَتَمَسُّكًا بِعِصْمَةِ زَوْجِهَا الْكَافِرِ وَهَذَا مَنْهِيٌّ عنه وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ حَقٌّ من حُقُوقِ الزَّوْجِ

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْقَى لِلْحَرْبِيِّ على الْمُسْلِمَةِ الْخَارِجَةِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ حَقٌّ وَالدَّلِيلُ عليه أَنْ لَا عِدَّةَ على الْمَسْبِيَّةِ وَإِنْ كانت كَافِرَةً على الْحَقِيقَةِ لَكِنَّهَا لَيْسَتْ في حُكْمِ الذِّمِّيَّةِ تَجْرِي عليها أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ وَمَعَ ذلك يَنْقَطِعُ عنها حَقُّ الزَّوْجِ الْكَافِرِ فَالْمُهَاجِرَةُ الْمُسْلِمَةُ حَقِيقَةٌ لَأَنْ يَنْقَطِعَ عنها حَقُّ الزَّوْجِ الْكَافِرِ أَوْلَى هذا إذَا هَاجَرَتْ إلَيْنَا وَهِيَ حَائِلٌ فَأَمَّا إذَا كانت حَامِلًا فَفِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وَسَنَذْكُرُهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ بها حَمْلٌ ثَابِتُ النَّسَبِ من الْغَيْرِ فَإِنْ كان لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَإِنْ لم تَكُنْ مُعْتَدَّةً كَمَنْ تَزَوَّجَ أُمَّ وَلَدِ إنْسَانٍ وَهِيَ حَامِلٌ من مَوْلَاهَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ لم تَكُنْ مُعْتَدَّةً لِوُجُودِ حَمْلٍ ثَابِتِ النَّسَبِ (في المولى) وَهَذَا لِأَنَّ الْحَمْلَ إذَا كان ثَابِتَ النَّسَبِ من الْغَيْرِ وَمَاؤُهُ مُحَرَّمٌ لَزِمَ حِفْظُ حُرْمَةِ مَائِهِ بِالْمَنْعِ من النِّكَاحِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً حَامِلًا من الزِّنَا أَنَّهُ يَجُوزُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَلَكِنْ لَا يَطَؤُهَا حتى تَضَعَ وقال أبو يُوسُفَ لَا يَجُوزُ وهو قَوْلُ زُفَرَ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ هذا الْحَمْلَ يَمْنَعُ الْوَطْءَ فَيَمْنَعُ الْعَقْدَ أَيْضًا كَالْحَمْلِ الثَّابِتِ النَّسَبِ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من النِّكَاحِ هو حِلُّ الْوَطْءِ فإذا لم يَحِلَّ له وَطْؤُهَا لم يَكُنْ النِّكَاحُ مُفِيدًا فَلَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لم يَجُزْ إذَا كان الْحَمْلُ ثَابِتَ النَّسَبِ كَذَا هذا

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَنْعَ من نِكَاحِ الْحَامِلِ حَمْلًا ثَابِتَ النَّسَبِ لِحُرْمَةِ مَاءِ الْوَطْءِ وَلَا حُرْمَةَ لِمَاءِ الزِّنَا بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ

قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ فإذا لم يَكُنْ له حُرْمَةٌ لَا يُمْنَعُ جَوَازُ النِّكَاحِ إلَّا أنها لَا تُوطَأُ حتى تَضَعَ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من كان يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ

وَرُوِيَ عنه صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَحِلُّ لِرَجُلَيْنِ يُؤْمِنَا بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَجْتَمِعَا على امْرَأَةٍ في طُهْرٍ وَاحِدٍ وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ بِعَارِضٍ طارىء (((طارئ))) على الْمَحَلِّ لَا يُنَافِي النِّكَاحَ لَا بَقَاءً وَلَا ابْتِدَاءً كَالْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ

وَأَمَّا الْمُهَاجِرَةُ إذَا كانت حَامِلًا فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رِوَايَتَانِ رَوَى مُحَمَّدٌ عنه أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا وهو إحْدَى رِوَايَتَيْ أبي يُوسُفَ عنه وَعَنْ أبي يُوسُفَ

رِوَايَةٌ أُخْرَى عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا وَلَكِنَّهَا لَا تُوطَأُ حتى تَضَعَ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ مَاءَ الْحَرْبِيِّ لَا حُرْمَةَ له فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَاءِ الزَّانِي وَذَا لَا يُمْنَعُ جَوَازُ النِّكَاحِ كَذَا هذا إلَّا أنها لَا تُوطَأُ حتى تَضَعَ لِمَا رَوَيْنَا

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ هذا حَمْلٌ ثَابِتُ النَّسَبِ لِأَنَّ أَنْسَابَ أَهْلِ الْحَرْبِ ثَابِتَةٌ فَيُمْنَعُ جَوَازُ النِّكَاحِ كَسَائِرِ الْأَحْمَالِ الثَّابِتَةِ النَّسَبِ وَالطَّحَاوِيُّ اعْتَمَدَ رِوَايَةَ أبي

يُوسُفَ وَالْكَرْخِيِّ رِوَايَةَ مُحَمَّدٍ وَهِيَ الْمُعْتَمَدُ عليها لِأَنَّ حُرْمَةَ نِكَاحِ الْحَامِلِ لَيْسَتْ لِمَكَانِ الْعِدَّةِ لَا مَحَالَةَ فَإِنَّهَا قد تَثْبُتُ عِنْدَ عَدَمِ الْعِدَّةِ كَأُمِّ الْوَلَدِ إذَا كانت حَامِلًا من مَوْلَاهَا بَلْ لِثُبُوتِ نَسَبِ الْحَمْلِ كما في أُمِّ الْوَلَدِ وَالْحَمْلُ هَهُنَا ثَابِتُ النَّسَبِ فَيُمْنَعُ النِّكَاحُ

وَعَلَى هذا نِكَاحُ الْمَسْبِيَّةِ دُونَ الزَّوْجِ إذَا كانت حَامِلًا وَأُخْرِجَتْ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ على اخْتِلَافِ الرِّوَايَةِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا قبل الْوَضْعِ وَلَا قبل الِاسْتِبْرَاءِ بِحَيْضَةٍ إذَا كانت حَامِلًا وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال في سَبَايَا أَوْطَاسٍ أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حتى يَضَعْنَ وَلَا الحبالى (((الحيالى))) حتى يستبرأن (((يستبرئن))) بِحَيْضَةٍ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجَيْنِ مِلَّةٌ يَقِرَّانِ عليها فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ كان أَحَدُهُمَا مُرْتَدًّا لَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ أَصْلًا لَا بِمُسْلِمٍ وَلَا بِكَافِرٍ غَيْرِ مُرْتَدٍّ وَالْمُرْتَدُّ مِثْلُهُ لِأَنَّهُ تَرَكَ مِلَّةَ الْإِسْلَامِ وَلَا يَقِرُّ على الرِّدَّةِ بَلْ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ إمَّا بِالْقَتْلِ إنْ كان رَجُلًا بِالْإِجْمَاعِ وَإِمَّا بِالْحَبْسِ وَالضَّرْبِ إنْ كانت امْرَأَةً عِنْدَنَا إلَى أَنْ تَمُوتَ أو تُسْلِمَ فَكَانَتْ الرِّدَّةُ في مَعْنَى الْمَوْتِ لِكَوْنِهَا سَبَبًا مُفْضِيًا إلَيْهِ وَالْمَيِّتُ لَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلنِّكَاحِ وَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ مِلْكٌ مَعْصُومٌ وَلَا عِصْمَةَ مع الْمُرْتَدَّةِ وَلِأَنَّ نِكَاحَ الْمُرْتَدِّ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْمَقَاصِدِ الْمَطْلُوبَةِ منه لِأَنَّهُ يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ على ما بَيَّنَّا فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ فَلَا يَجُوزُ وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الرِّدَّةَ لو اعْتَرَضَتْ على النِّكَاحِ رَفَعَتْهُ فإذا قَارَنَتْهُ تَمْنَعُهُ من الْوُجُودِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى كَالرَّضَاعِ لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلُ من الرَّفْعِ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُشْرِكَةً إذَا كان الرَّجُلُ مُسْلِمًا فَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَنْكِحَ الْمُشْرِكَةَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حتى يُؤْمِنَّ } وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الْكِتَابِيَّةَ لِقَوْلِهِ عز وجل { وَالْمُحْصَنَاتُ من الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ من قَبْلِكُمْ } وَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يَجُوزَ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَنْكِحَ الْكَافِرَةَ لِأَنَّ ازْدِوَاجَ الْكَافِرَةِ وَالْمُخَالَطَةَ مَعَهَا مع قِيَامِ الْعَدَاوَةِ الدِّينِيَّةِ لَا يَحْصُلُ السَّكَنُ وَالْمَوَدَّةُ الذي هو قِوَامُ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ إلَّا أَنَّهُ جَوَّزَ نِكَاحَ الْكِتَابِيَّةِ لِرَجَاءِ إسْلَامِهَا لِأَنَّهَا آمَنَتْ بِكُتُبِ الْأَنْبِيَاءِ وَالرُّسُلِ في الْجُمْلَةِ وَإِنَّمَا نُقِضَتْ الْجُمْلَةُ بِالتَّفْصِيلِ بِنَاءً على أنها أُخْبِرَتْ عن الْأَمْرِ على خِلَافِ حَقِيقَتِهِ فَالظَّاهِرُ أنها مَتَى نُبِّهَتْ على حَقِيقَةِ الْأَمْرِ تَنَبَّهَتْ وَتَأْتِي بِالْإِيمَانِ على التَّفْصِيلِ على حَسَبِ ما كانت أَتَتْ بِهِ على الْجُمْلَةِ

هذا هو الظَّاهِرُ من حَالِ التي بنى أَمْرُهَا على الدَّلِيلِ دُونَ الْهَوَى وَالطَّبْعِ وَالزَّوْجُ يَدْعُوهَا إلَى الْإِسْلَامِ وَيُنَبِّهُهَا على حَقِيقَةِ الْأَمْرِ فَكَانَ في نِكَاحِ الْمُسْلِمِ إيَّاهَا رَجَاءُ إسْلَامِهَا فَجَوَّزَ نِكَاحَهَا لِهَذِهِ الْعَاقِبَةِ الْحَمِيدَةِ بِخِلَافِ الْمُشْرِكَةِ فَإِنَّهَا في اخْتِيَارِهَا الشِّرْكَ ما ثَبَتَ أَمْرُهَا على الْحُجَّةِ بَلْ على التَّقْلِيدِ بِوُجُودِ الْآبَاءِ عن ذلك من غَيْرِ أَنْ يَنْتَهِيَ ذلك الْخَبَرُ مِمَّنْ يَجِبُ قَبُولُ قَوْلِهِ وَاتِّبَاعُهُ وهو الرَّسُولُ فَالظَّاهِرُ أنها لَا تَنْظُرُ في الْحُجَّةِ وَلَا تَلْتَفِتُ إلَيْهَا عِنْدَ الدَّعْوَةِ فَيَبْقَى ازْدِوَاجُ الْكَافِرِ مع قِيَامِ الْعَدَاوَةِ الدِّينِيَّةِ الْمَانِعَةِ عن السَّكَنِ وَالِازْدِوَاجِ وَالْمَوَدَّةِ خَالِيًا عن الْعَاقِبَةِ الْحَمِيدَةِ فلم يَجُزْ إنْكَاحُهَا وَسَوَاءٌ كانت الْكِتَابِيَّةُ حُرَّةً أو أَمَةً عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ وَيَحِلُّ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ واحتجوا (((واحتج))) بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حتى يُؤْمِنَّ } وَالْكِتَابِيَّةُ مُشْرِكَةٌ على الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ الْمُشْرِكَ من يُشْرِكُ بِاَللَّهِ تَعَالَى في الْأُلُوهِيَّةِ وَأَهْلُ الْكِتَابِ كَذَلِكَ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَقَالَتْ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابن اللَّهِ وَقَالَتْ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابن اللَّهِ } قالت (((وقالت))) النَّصَارَى { إنَّ

اللَّهَ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ } { سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يَقُولُونَ } فَعُمُومُ النَّصِّ يَقْتَضِي حُرْمَةَ نِكَاحِ جَمِيعِ الْمُشْرِكَاتِ إلَّا أَنَّهُ خَصَّ منه الْحَرَائِرَ من الْكِتَابِيَّاتِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالْمُحْصَنَاتُ من الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ من قَبْلِكُمْ } وَهُنَّ الْحَرَائِرُ فَبَقِيَتْ الْإِمَاءُ مِنْهُنَّ على ظَاهِرِ الْعُمُومِ وَلِأَنَّ جَوَازَ نِكَاحِ الْإِمَاءِ في الْأَصْلِ ثَبَتَ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِنِكَاحِ الْأَمَةِ الْمُؤْمِنَةِ وَلَنَا عُمُومَاتُ النِّكَاحِ نَحْوُ قَوْلِهِ عز وجل { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } وَقَوْلِهِ

عز وجل { فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ } وَقَوْلِهِ عز وجل { فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ } وَغَيْرِ ذلك من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْأَمَةِ الْمُؤْمِنَةِ وَالْأَمَةِ الْكَافِرَةِ الْكِتَابِيَّةِ إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ

وَأَمَّا الْآيَةُ فَهِيَ في غَيْرِ الْكِتَابِيَّاتِ من الْمُشْرِكَاتِ لِأَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ وَإِنْ كَانُوا مُشْرِكِينَ على الْحَقِيقَةِ لَكِنْ هذا الِاسْمُ في مُتَعَارَفِ الناس يُطْلَقُ على الْمُشْرِكِينَ من غَيْرِ أَهْلِ الْكِتَابِ

قال اللَّهُ تَعَالَى { ما يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا من أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ }

وقال تَعَالَى { إنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا من أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ في نَارِ جَهَنَّمَ } فَصَلَ بين الْفَرِيقَيْنِ في الِاسْمِ على أَنَّ الْكِتَابِيَّاتِ وَإِنْ دَخَلْنَ تَحْتَ عُمُومِ اسْمِ الْمُشْرِكَاتِ بِحُكْمِ ظَاهِرِ اللَّفْظِ لَكِنَّهُنَّ خُصِّصْنَ عن الْعُمُومِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالْمُحْصَنَاتُ من الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ من قَبْلِكُمْ }

وَأَمَّا الْكِتَابِيَّاتُ إذَا كُنَّ عَفَائِفَ يستحقن (((يستحققن))) هذا الِاسْمَ لِأَنَّ الْإِحْصَانَ في كَلَامِ الْعَرَبِ عِبَارَةٌ عن الْمَنْعِ وَمَعْنَى الْمَنْعِ يَحْصُلُ بِالْعِفَّةِ وَالصَّلَاحِ كما يَحْصُلُ بِالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ وَالنِّكَاحِ لِأَنَّ ذلك مَانِعُ الْمَرْأَةِ عن ارْتِكَابِ الْفَاحِشَةِ فَيَتَنَاوَلُهُنَّ عُمُومُ اسْمِ الْمُحْصَنَاتِ

وَقَوْلُهُ الْأَصْلُ في نِكَاحِ الْإِمَاءِ الْفَسَادُ مَمْنُوعٌ بَلْ الْأَصْلُ في النِّكَاحِ هو الْجَوَازُ حُرَّةً كانت الْمَنْكُوحَةُ أو أَمَةً مُسْلِمَةً أو كِتَابِيَّةً لِمَا مَرَّ أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ مَصْلَحَةٍ وَالْأَصْلُ في الْمَصَالِحِ إطْلَاقُ الِاسْتِيفَاءِ وَالْمَنْعُ عنه لِمَعْنًى في غَيْرِهِ على ما عُرِفَ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ نِكَاحُ الْمَجُوسِيَّةِ لِأَنَّ الْمَجُوسَ لَيْسُوا من أَهْلِ الْكِتَابِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَهَذَا كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ مُبَارَكٌ } إلَى قَوْلِهِ { أَنْ تَقُولُوا إنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ على طَائِفَتَيْنِ من قَبْلِنَا } مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ أَيْ أُنْزِلَتْ عَلَيْكُمْ لِئَلَّا تَقُولُوا إنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ على طَائِفَتَيْنِ من قَبْلِنَا

وَلَوْ كان الْمَجُوسُ من أَهْلِ الْكِتَابِ لَكَانَ أَهْلُ الْكِتَابِ ثَلَاثَ طَوَائِفَ فَيُؤَدِّي إلَى الْخُلْفِ في خَبَرِهِ عز وجل وَذَلِكَ مُحَالٌ على أَنَّ هذا لو كان حِكَايَةً عن قَوْلِ الْمُشْرِكِينَ لَكَانَ دَلِيلًا على ما قُلْنَا لِأَنَّهُ حَكَى عَنْهُمْ الْقَوْلَ ولم يَعْقُبْهُ بِالْإِنْكَارِ عليهم وَالتَّكْذِيبِ إيَّاهُمْ وَالْحَكِيمُ إذَا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَهُ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غير أَنَّكُمْ لَيْسُوا نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ وَدَلَّ قَوْلُهُ سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ على أَنَّهُمْ لَيْسُوا من أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ أَيْضًا

وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يَحِلَّ وَطْءُ كَافِرَةٍ بِنِكَاحٍ وَلَا بِمِلْكِ يَمِينٍ إلَّا الكتابيات (((الكتابية))) خَاصَّةً لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حتى يُؤْمِنَّ }

وَاسْمُ النِّكَاحِ يَقَعُ على الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جميعا فَيُحَرَّمَانِ جميعا وَمَنْ كان أَحَدُ أَبَوَيْهِ كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا كان حُكْمُهُ حُكْمَ أَهْلِ الْكِتَابِ لِأَنَّهُ لو كان أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمًا يُعْطَى له حُكْمُ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى فَكَذَا إذَا كان كِتَابِيًّا يُعْطَى له حُكْمُ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلِأَنَّ الْكِتَابِيَّ له بَعْضُ أَحْكَامِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ وهو الْمُنَاكَحَةُ وَجَوَازُ الذَّبِيحَةِ وَالْإِسْلَامُ يَعْلُو بِنَفْسِهِ وَبِأَحْكَامِهِ وَلِأَنَّ رَجَاءَهُ الْإِسْلَامَ من الْكِتَابِيِّ أَكْثَرُ فَكَانَ أَوْلَى بِالِاسْتِتْبَاعِ

وَأَمَّا الصَّابِئَاتُ فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ أنه يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ نِكَاحُهُنَّ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ

وَقِيلَ ليس هذا بِاخْتِلَافٍ في الْحَقِيقَةِ وَإِنَّمَا الِاخْتِلَافُ لِاشْتِبَاهِ مَذْهَبِهِمْ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ هُمْ قَوْمٌ يُؤْمِنُونَ بِكِتَابٍ فَإِنَّهُمْ يقرؤون (((يقرءون))) الزَّبُورَ وَلَا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ وَلَكِنْ يُعَظِّمُونَهَا كَتَعْظِيمِ الْمُسْلِمِينَ الْكَعْبَةَ في الِاسْتِقْبَالِ إلَيْهَا إلَّا أَنَّهُمْ يُخَالِفُونَ غَيْرَهُمْ من أَهْلِ الْكِتَابِ في بَعْضِ دِيَانَاتِهِمْ وَذَا لَا يَمْنَعُ الْمُنَاكَحَةَ كَالْيَهُودِ مع النَّصَارَى

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُمْ قَوْمٌ يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ وَعَابِدُ الْكَوَاكِبِ كَعَابِدِ الْوَثَنِ فَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِينَ مُنَاكَحَتُهُمْ

فَصْلٌ وَمِنْهَا إسْلَامُ الرَّجُلِ إذَا كانت الْمَرْأَةُ مُسْلِمَةً فَلَا يَجُوزُ إنْكَاحُ الْمُؤْمِنَةِ الْكَافِرَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حتى يُؤْمِنُوا } وَلِأَنَّ في إنْكَاحِ الْمُؤْمِنَةِ الْكَافِرَ خَوْفَ وُقُوعِ الْمُؤْمِنَةِ في الْكُفْرِ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَدْعُوهَا إلَى دِينِهِ وَالنِّسَاءُ في الْعَادَاتِ يَتْبَعْنَ الرِّجَالَ فِيمَا يؤثروا (((يؤثرون))) من الْأَفْعَالِ وَيُقَلِّدُونَهُمْ في الدِّينِ إلَيْهِ وَقَعَتْ الْإِشَارَةُ في آخِرِ الْآيَةِ بِقَوْلِهِ عز وجل { أُولَئِكَ يَدْعُونَ إلَى النَّارِ } لِأَنَّهُمْ يَدْعُونَ الْمُؤْمِنَاتِ إلَى الْكُفْرِ وَالدُّعَاءُ إلَى الْكُفْرِ دُعَاءٌ إلَى النَّارِ لِأَنَّ الْكُفْرَ يُوجِبُ النَّارَ فَكَانَ نِكَاحُ الْكَافِرِ الْمُسْلِمَةَ سَبَبًا دَاعِيًا إلَى الْحَرَامِ فَكَانَ حَرَامًا وَالنَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ في الْمُشْرِكِينَ لَكِنَّ الْعِلَّةَ وَهِيَ الدُّعَاءُ إلَى النَّارِ يَعُمُّ الْكَفَرَةَ أَجْمَعَ فَيَتَعَمَّمُ الْحُكْمُ بِعُمُومِ الْعِلَّةِ فَلَا يَجُوزُ إنْكَاحُ الْمُسْلِمَةِ الْكِتَابِيَّ كما لَا يَجُوزُ إنْكَاحُهَا الْوَثَنِيَّ وَالْمَجُوسِيَّ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَطَعَ وَلَايَةَ الْكَافِرِينَ عن الْمُؤْمِنِينَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ على الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } فَلَوْ جَازَ

إنْكَاحُ الْكَافِرِ الْمُؤْمِنَةَ لَثَبَتَ له عليها سَبِيلٌ وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وَأَمَّا أَنْكِحَةُ الْكُفَّارِ غَيْرِ الْمُرْتَدِّينَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ فَجَائِزٌ في الْجُمْلَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ أَنْكِحَتُهُمْ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ لِلنِّكَاحِ في الْإِسْلَامِ شَرَائِطَ لَا يُرَاعُونَهَا فَلَا يُحْكَمُ بِصِحَّةِ أَنْكِحَتِهِمْ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِقَوْلِهِ عز وجل { وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ } سَمَّاهَا اللَّهُ تَعَالَى امْرَأَتَهُ وَلَوْ كانت أَنْكِحَتُهُمْ فَاسِدَةً لم تَكُنْ امْرَأَتُهُ حَقِيقَةً وَلِأَنَّ النِّكَاحَ سُنَّةُ آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَهُمْ على شَرِيعَتِهِ في ذلك

وقال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم وُلِدْت من نِكَاحٍ ولم أُولَدْ من سِفَاحٍ وَإِنْ كان أَبَوَاهُ كَافِرَيْنِ وَلِأَنَّ الْقَوْلَ بِفَسَادِ أَنْكِحَتِهِمْ يُؤَدِّي إلَى أَمْرٍ قَبِيحٍ وهو الطَّعْنُ في نَسَبِ كَثِيرٍ من الْأَنْبِيَاءِ عليهم الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَنَّ كَثِيرًا منهم وُلِدُوا من أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَالْمَذَاهِبُ تُمْتَحَنُ بِعُبَّادِهَا فلما أَفْضَى إلَى قَبِيحٍ عُرِفَ فَسَادُهَا

وَيَجُوزُ نِكَاحُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ شَرَائِعُهُمْ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ (((كملة))) وَاحِدَةٌ إذْ هو تَكْذِيبُ الرَّبِّ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يَقُولُونَ عُلُوًّا كَبِيرًا فِيمَا أَنْزَلَ على رُسُلِهِ صَلَوَاتُ اللَّهِ وَسَلَامُهُ عليهم وقال اللَّهُ عز وجل { لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ } وَاخْتِلَافُهُمْ في شَرَائِعِهِمْ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ كل فَرِيقٍ منهم فِيمَا بَيْنَهُمْ في بَعْضِ شَرَائِعِهِمْ وَذَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ نِكَاحِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ كَذَا هذا

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِلْكَ صَاحِبِهِ وَلَا يَنْتَقِصَ منه مِلْكَهُ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِجَارِيَتِهِ وَلَا بِجَارِيَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ

وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَزَوَّجَ عَبْدَهَا وَلَا الْعَبْدَ الْمُشْتَرَكَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ } الْآيَةَ ثُمَّ أَبَاحَ اللَّهُ عز وجل الْوَطْءَ إلا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ لِأَنَّ كلمة (((الكلمة))) تَتَنَاوَلُ أَحَدَ الْمَذْكُورَيْنِ فَلَا تَجُوزُ الِاسْتِبَاحَةُ بِهِمَا جميعا وَلِأَنَّ لِلنِّكَاحِ حُقُوقًا تَثْبُتُ على الشَّرِكَةِ بين الزَّوْجَيْنِ منها مُطَالَبَةُ الْمَرْأَةِ الزَّوْجَ بِالْوَطْءِ وَمُطَالَبَةُ الزَّوْجِ الزَّوْجَةَ بِالتَّمْكِينِ وَقِيَامُ مِلْكِ الرَّقَبَةِ يَمْنَعُ من الشَّرِكَةِ وإذا لم تَثْبُتْ الشَّرِكَةُ في ثَمَرَاتِ النِّكَاحِ لَا يُفِيدُ النِّكَاحُ فَلَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ الْحُقُوقَ الثَّابِتَةَ بِالنِّكَاحِ لَا يَجُوزُ أَنْ تَثْبُتَ على الْمَوْلَى لِأَمَتِهِ وَلَا على الْحُرَّةِ لِعَبْدِهَا لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ الْوِلَايَةُ لِلْمَالِكِ وَكَوْنُ الْمَمْلُوكِ يُوَلَّى عليه وَمِلْكُ النِّكَاحِ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْوِلَايَةِ للمملوك (((للملوك))) على الْمَالِكِ فَيُؤَدِّي إلَى أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ في زَمَانٍ وَاحِدٍ وَالِيًا وَمُولَيًا عليه في شَيْءٍ وَاحِدٍ وَهَذَا مُحَالٌ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَجُوزُ من غَيْرِ مَهْرٍ عِنْدَنَا وَلَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَلَا لِلْعَبْدِ على مَوْلَاهُ

وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُدَبَّرَتَهُ وَمُكَاتَبَتَهُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَلَكَهُ فَكَذَا إذَا اعْتَرَضَ مِلْكُ الْيَمِينِ على نِكَاحٍ يَبْطُلُ النِّكَاحُ بِأَنْ مَلَكَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبَهُ أو شِقْصًا منه لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهِ

فَصْلٌ وَمِنْهَا التَّأْبِيدُ فَلَا يَجُوزُ النِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ وهو نِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَأَنَّهُ نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ بِلَفْظِ التَّمَتُّعِ

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وما يَقُومُ مَقَامَهُمَا

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ أُعْطِيكِ كَذَا على أَنْ أَتَمَتَّعَ مِنْكِ يَوْمًا أو شَهْرًا أو سَنَةً وَنَحْوَ ذلك وَأَنَّهُ بَاطِلٌ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال بَعْضُ الناس هو جَائِزٌ وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْله تَعَالَى { فما اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً } وَالِاسْتِدْلَالُ بها من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ أَحَدُهَا أَنَّهُ ذَكَرَ الِاسْتِمْتَاعَ ولم يذكر النِّكَاحَ وَالِاسْتِمْتَاعُ وَالتَّمَتُّعُ وَاحِدٌ

وَالثَّانِي أَنَّهُ تَعَالَى أَمَرَ بِإِيتَاءِ الْأَجْرِ وَحَقِيقَةُ الْإِجَارَةِ وَالْمُتْعَةِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ على مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ

وَالثَّالِثُ أَنَّهُ تَعَالَى أَمَرَ بِإِيتَاءِ الْأَجْرِ بَعْدَ الِاسْتِمْتَاعِ وَذَلِكَ يَكُونُ في عَقْدِ الْإِجَارَةِ وَالْمُتْعَةِ فَأَمَّا الْمَهْرُ فَإِنَّمَا يَجِبُ في النِّكَاحِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَيُؤْخَذُ الزَّوْجُ بِالْمَهْرِ أَوَّلًا ثُمَّ يُمَكَّنُ من الِاسْتِمْتَاعِ فَدَلَّتْ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ على جَوَازِ عَقْدِ الْمُتْعَةِ

وَلَنَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ وَالْمَعْقُولُ أَمَّا الْكِتَابُ الْكَرِيمُ فَقَوْلُهُ عز وجل { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلَّا على أَزْوَاجِهِمْ أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ } حَرَّمَ تَعَالَى الْجِمَاعَ إلَّا بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ وَالْمُتْعَةُ لَيْسَتْ بِنِكَاحٍ وَلَا بِمِلْكِ يَمِينٍ فَيَبْقَى التَّحْرِيمُ

وَالدَّلِيلُ على أنها لَيْسَتْ بِنِكَاحٍ إنها تَرْتَفِعُ من غَيْرِ طَلَاقٍ وَلَا فُرْقَةٍ وَلَا يَجْرِي التَّوَارُثُ بَيْنَهُمَا فَدَلَّ أنها لَيْسَتْ بِنِكَاحٍ فلم تَكُنْ هِيَ زَوْجَةً له وَقَوْله تَعَالَى في

آخِرِ الْآيَةِ { فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذلك فَأُولَئِكَ هُمْ الْعَادُونَ } سُمِّيَ

(2/272)

مبتغى ما وَرَاءَ ذلك عَادِيًا فَدَلَّ على حُرْمَةِ الْوَطْءِ بِدُونِ هَذَيْنِ الشَّيْئَيْنِ وَقَوْلُهُ عز وجل { وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ على الْبِغَاءِ } وكان ذلك منهم إجارة
(((إجازة))) الْإِمَاءِ نهى اللَّهُ عز وجل عن ذلك وَسَمَّاهُ بِغَاءً فَدَلَّ على الْحُرْمَةِ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن مُتْعَةِ النِّسَاءِ يوم خَيْبَرَ وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ الْإِنْسِيَّةِ
وَعَنْ سبرة (((سمرة))) الْجُهَنِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن مُتْعَةِ النِّسَاءِ يوم فَتْحِ مَكَّةَ
وَعَنْ عبد اللَّهِ بن عُمَرَ أَنَّهُ قال نهى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يوم خَيْبَرَ عن مُتْعَةِ النِّسَاءِ وَعَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم كان قَائِمًا بين الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ وهو يقول إنِّي كنت أَذِنْتُ لَكُمْ في الْمُتْعَةِ فَمَنْ كان عِنْدَهُ شَيْءٌ فَلْيُفَارِقْهُ وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شيئا فإن اللَّهَ قد حَرَّمَهَا إلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الْأُمَّةَ بِأَسْرِهِمْ امْتَنَعُوا عن الْعَمَلِ بِالْمُتْعَةِ مع ظُهُورِ الْحَاجَةِ لهم إلَى ذلك
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ النِّكَاحَ ما شُرِعَ لِاقْتِضَاءِ الشَّهْوَةِ بَلْ لِأَغْرَاضٍ وَمَقَاصِدَ يُتَوَسَّلُ بِهِ إلَيْهَا وَاقْتِضَاءُ الشَّهْوَةِ بِالْمُتْعَةِ لَا يَقَعُ وَسِيلَةً إلَى الْمَقَاصِدِ فَلَا يُشْرَعُ

وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَمَعْنَى قَوْلِهِ { فما اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ } أَيْ في النِّكَاحِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ في أَوَّلِ الْآيَةِ وَآخِرِهَا هو النِّكَاحُ فإن اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ أَجْنَاسًا من الْمُحَرَّمَاتِ في أَوَّلِ الْآيَةِ في النِّكَاحِ وَأَبَاحَ ما وَرَاءَهَا بِالنِّكَاحِ بِقَوْلِهِ عز وجل { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ } أَيْ بِالنِّكَاحِ
وقَوْله تَعَالَى { مُحْصِنِينَ غير مُسَافِحِينَ } أَيْ غير مُتَنَاكِحِينَ غير زَانِينَ وقال تَعَالَى في سِيَاقِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ { وَمَنْ لم يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ } ذَكَرَ النِّكَاحَ لَا الْإِجَارَةَ وَالْمُتْعَةَ فَيُصْرَفُ قَوْله تَعَالَى فما اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ إلَى الِاسْتِمْتَاعِ بِالنِّكَاحِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ سَمَّى الْوَاجِبَ أَجْرًا فَنَعَمْ الْمَهْرُ في النِّكَاحِ يُسَمَّى أَجْرًا قال اللَّهُ عز وجل { فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } أَيْ مُهُورَهُنَّ وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا النبي إنَّا أَحْلَلْنَا لك أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ } وَقَوْلُهُ أَمَرَ تَعَالَى بِإِيتَاءِ الْأَجْرِ بَعْدَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهِنَّ وَالْمَهْرُ يَجِبُ بِنَفْسِ النِّكَاحِ وَيُؤْخَذُ قبل الِاسْتِمْتَاعِ قُلْنَا قد قِيلَ في الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ تَقْدِيمٌ وَتَأْخِيرٌ كَأَنَّهُ تَعَالَى قال { فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فريضة } أَيْ إذَا أَرَدْتُمْ الِاسْتِمْتَاعَ بِهِنَّ كَقَوْلِهِ تَعَالَى { يا أَيُّهَا النبي إذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ } أَيْ إذَا أَرَدْتُمْ تَطْلِيقَ النِّسَاءِ على أَنَّهُ إنْ كان الْمُرَادُ من الْآيَةِ الْإِجَارَةَ وَالْمُتْعَةَ فَقَدْ صَارَتْ مَنْسُوخَةً بِمَا تَلَوْنَا من الْآيَاتِ وَرَوَيْنَا من الْأَحَادِيثِ وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ قَوْلَهُ { فما اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ } نَسَخَهُ قَوْلُهُ عز وجل { يا أَيُّهَا النبي إذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ }

وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال الْمُتْعَةُ بِالنِّسَاءِ مَنْسُوخَةٌ نَسَخَتْهَا آيَةُ الطَّلَاقِ وَالصَّدَاقُ وَالْعِدَّةُ وَالْمَوَارِيثُ وَالْحُقُوقُ التي يَجِبُ فيها النِّكَاحُ أَيْ النِّكَاحُ هو الذي تَثْبُتُ بِهِ هذه الْأَشْيَاءُ وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ منها بِالْمُتْعَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَتَزَوَّجُكِ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَنَحْوَ ذلك وَأَنَّهُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ النِّكَاحُ جَائِزٌ وهو مُؤَبَّدٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ
وروي الْحَسَنُ بن زِيَادٍ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قال إذَا ذَكَرَا من الْمُدَّةِ ما يَعِيشَانِ إلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ وَإِنْ ذَكَرَا من الْمُدَّةِ مِقْدَارَ ما لَا يَعِيشَانِ إلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ في الْغَالِبِ يَجُوزُ النِّكَاحُ كَأَنَّهُمَا ذَكَرَا الْأَبَدَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ ذَكَرَ النِّكَاحَ وَشَرَطَ فيه شَرْطًا فَاسِدًا وَالنِّكَاحُ لَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَبَقِيَ النِّكَاحُ صَحِيحًا كما إذَا قال تَزَوَّجْتُك إلَى أَنْ أُطَلِّقَك إلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ
وَلَنَا أَنَّهُ لو جَازَ هذا الْعَقْدُ لَكَانَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَجُوزَ مُؤَقَّتًا بِالْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ وَإِمَّا أَنْ يَجُوزَ مُؤَبَّدًا لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ هذا مَعْنَى الْمُتْعَةِ إلَّا أَنَّهُ عَبَّرَ عنها بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزَوُّجِ وَالْمُعْتَبَرُ في الْعُقُودِ مَعَانِيهَا لَا الْأَلْفَاظُ كَالْكَفَالَةِ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ أنها حَوَالَةٌ مَعْنًى لِوُجُودِ الْحَوَالَةِ وأن لم يُوجَدْ لَفْظُهَا وَالْمُتْعَةُ مَنْسُوخَةٌ وَلَا وَجْهَ لِلثَّانِي لِأَنَّ فيه اسْتِحْقَاقَ الْبُضْعِ عليها من غَيْرِ رِضَاهَا وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَأَمَّا قَوْلُهُ أتى بِالنِّكَاحِ ثُمَّ أَدْخَلَ عليه شَرْطًا فَاسِدًا

فَمَمْنُوعٌ بَلْ أتى بِنِكَاحٍ مُؤَقَّتٍ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ نِكَاحُ مُتْعَةٍ وَالْمُتْعَةُ مَنْسُوخَةٌ وَصَارَ هذا كَالنِّكَاحِ الْمُضَافِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَلَا يُقَالُ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَتَبْطُلُ الْإِضَافَةُ لِأَنَّ الْمَأْتِيَّ بِهِ نِكَاحٌ مُضَافٌ وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ كَذَا هذا بِخِلَافِ ما إذَا قال تَزَوَّجْتُك على أنه أُطَلِّقَك إلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّ هنك (((هناك))) أَبَّدَ النِّكَاحَ ثُمَّ شَرَطَ قَطْعَ التَّأْبِيدِ بِذِكْرِ الطَّلَاقِ في النِّكَاحِ الْمُؤَبَّدِ لِأَنَّهُ على أَنَّ (أَنْ) كَلِمَةُ شَرْطٍ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَبَّدُ لَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الْمَهْرُ فَلَا جَوَازَ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ الْمَهْرِ عِنْدَنَا وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنَّ الْمَهْرَ هل هو شَرْطُ جَوَازِ النِّكَاحِ أَمْ لَا وفي بَيَانِ أَدْنَى الْمِقْدَارِ الذي يَصْلُحُ مَهْرًا وفي بَيَانِ ما يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وما لَا يَصِحُّ وَبَيَانِ حُكْمِ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَفَسَادِهَا وفي بَيَانِ ما يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ وَبَيَانِ وَقْتِ وُجُوبِهِ وَكَيْفِيَّةِ وُجُوبِهِ وما يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ من الْأَحْكَامِ وفي بَيَانِ ما يَتَأَكَّدُ بِهِ كُلُّ الْمَهْرِ وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ الْكُلُّ وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بِهِ النِّصْفُ وفي بَيَانِ حُكْمِ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ في الْمَهْرِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا إنَّ الْمَهْرَ شَرْطُ جَوَازِ نِكَاحِ الْمُسْلِمِ وقال الشَّافِعِيُّ ليس بِشَرْطٍ وَيَجُوزُ النِّكَاحُ بِدُونِ الْمَهْرِ حتى أن من تَزَوَّجَ امْرَأَةً ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا بِأَنْ سَكَتَ عن ذِكْرِ الْمَهْرِ أو تَزَوَّجَهَا على أَنْ لَا مَهْرَ لها وَرَضِيَتْ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ عِنْدَنَا حتى يَثْبُتَ لها وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّسْلِيمِ وَلَوْ مَاتَتْ الْمَرْأَةُ قبل الدُّخُولِ يُؤْخَذُ مَهْرُ الْمِثْلِ من الزَّوْجِ وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ تَسْتَحِقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ من تَرِكَتِهِ وَعِنْدَهُ لَا يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْفَرْضِ على الزَّوْجِ أو بِالدُّخُولِ

حتى لو دخل بها قبل الْفَرْضِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَلَوْ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها وَقَبْلَ الْفَرْضِ لَا يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنَّمَا تَجِبُ الْمُتْعَةُ

وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجَانِ لَا يقضي بِشَيْءٍ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يقضي لِوَرَثَتِهَا بِمَهْرِ مِثْلِهَا ويستوفي من تَرِكَةِ الزَّوْجِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ من غَيْرِ ذِكْرِ الْمَهْرِ وَمَعَ نَفْيِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً } رَفَعَ سُبْحَانَهُ الْجُنَاحَ عَمَّنْ طَلَّقَ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه وَالطَّلَاقُ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ النِّكَاحِ فَدَلَّ على جَوَازِ النِّكَاحِ بِلَا تَسْمِيَةٍ وقَوْله تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ } وَالْمُرَادُ منه الطَّلَاقُ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه بِدَلِيلِ أَنَّهُ أَوْجَبَ الْمُتْعَةَ بِقَوْلِهِ { فَمَتِّعُوهُنَّ } وَالْمُتْعَةُ إنَّمَا تَجِبُ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه فَدَلَّ على جَوَازِ النِّكَاحِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وَلِأَنَّهُ مَتَى قام الدَّلِيلُ على أَنَّهُ لَا جَوَازَ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ الْمَهْرِ كان ذِكْرُهُ ذِكْرًا لِلْمَهْرِ ضَرُورَةً

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } سَمَّى الصَّدَاقَ نِحْلَةً وَالنِّحْلَةُ هِيَ الْعَطِيَّةُ وَالْعَطِيَّةُ هِيَ الصِّلَةُ فَدَلَّ أَنَّ الْمَهْرَ صِلَةٌ زَائِدَةٌ في بَابِ النِّكَاحِ فَلَا يَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ ازْدِوَاجٍ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا ينبى إلَّا عنه فَيَقْتَضِي ثُبُوتَ الزَّوْجِيَّةِ بَيْنَهُمَا وَحِلَّ الِاسْتِمْتَاعِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَاحِبِهِ تَحْقِيقًا لِمَقَاصِدِ النِّكَاحِ إلَّا أَنَّهُ ثَبَتَ عليها نَوْعُ مالك (((ملك))) في مَنَافِعِ الْبُضْعِ ضَرُورَةَ تُحَقِّقُ الْمَقَاصِدَ وَلَا ضَرُورَةَ في إثْبَاتِ مِلْكِ الْمَهْرِ لها عليه فَكَانَ الْمَهْرُ عُهْدَةً زَائِدَةً في حَقِّ الزَّوْجِ صِلَةً لها فَلَا يَصِيرُ عِوَضًا إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ وَالدَّلِيلُ على جَوَازِ النِّكَاحِ من غَيْرِ مَهْرٍ أَنَّ الْمَوْلَى إذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ من عَبْدِهِ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ لِأَنَّهُ لو وَجَبَ عليه لَوَجَبَ لِلْمَوْلَى وَلَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَكَذَا الذِّمِّيُّ إذَا تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً بِغَيْرِ مَهْرٍ جَازَ النِّكَاحُ وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ وَكَذَا إذَا مَاتَا في هذه الْمَسْأَلَةِ قبل الْفَرْضِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ

وَلَنَا قَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ } أَخْبَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنَّهُ أَحِلَّ ما وَرَاءَ ذلك بِشَرْطِ الِابْتِغَاءِ بِالْمَالِ دَلَّ أَنَّهُ لَا جَوَازَ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ الْمَالِ فَإِنْ قِيلَ الْإِحْلَالُ بِشَرْطِ ابْتِغَاءِ الْمَالِ لَا يَنْفِي الْإِحْلَالَ بِدُونِ هذا الشَّرْطِ خُصُوصًا على أَصْلِكُمْ أَنَّ تَعْلِيقَ الْحُكْمِ بِشَرْطٍ لَا يَنْفِي وُجُودَهُ عِنْدَ عَدَمِ الشَّرْطِ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْأَصْلَ في الْأَبْضَاعِ وَالنُّفُوسِ هو الْحُرْمَةُ وَالْإِبَاحَةُ تَثْبُتُ بهذا الشَّرْطِ فَعِنْدَ عَدَمِ الشَّرْطِ تَبْقَى الْحُرْمَةُ على الْأَصْلِ لَا حُكْمًا لِلتَّعْلِيقِ بِالشَّرْطِ فلم يَتَنَاقَضْ أَصْلُنَا بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى

وَرُوِيَ عن عَلْقَمَةَ عن عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَجُلًا كان يَخْتَلِفُ إلَيْهِ شَهْرًا يَسْأَلُهُ عن

امْرَأَةٍ مَاتَ عنها زَوْجُهَا ولم يَكُنْ فَرَضَ لها شيئا وكان يَتَرَدَّدُ في الْجَوَابِ فلما تَمَّ الشَّهْرُ قال لِلسَّائِلِ لم أَجِدْ ذلك في كِتَابِ اللَّهِ وَلَا فِيمَا سَمِعْتُهُ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَلَكِنْ اجتهد بِرَأْيِي فَإِنْ أَصَبْت فَمِنْ اللَّهِ وَإِنْ أَخْطَأْت فَمِنْ أُمِّ عَبْدٍ

وفي رِوَايَةٍ فَإِنْ كان صَوَابًا فَمِنْ اللَّهِ وَإِنْ كان خَطَأً فَمِنِّي وَمِنْ الشَّيْطَانِ

وَاَللَّهُ وَرَسُولُهُ منه بَرِيئَانِ أَرَى لها مِثْلَ نِسَائِهَا لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ فَقَامَ رَجُلٌ يُقَالُ له مَعْقِلُ بن سِنَانٍ وقال إنِّي أَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قَضَى في بِرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ الْأَشْجَعِيَّةِ مِثْلَ قَضَائِك هذا ثُمَّ قام أُنَاسٌ من أَشْجَعَ وَقَالُوا إنَّا نَشْهَدُ بِمِثْلِ شَهَادَتِهِ فَفَرِحَ عبد اللَّهِ رضي اللَّهُ عنه فَرَحًا لم يَفْرَحْ مثله في الْإِسْلَامِ لِمُوَافَقَةِ قَضَائِهِ قَضَاءَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم

وَلِأَنَّ مِلْكَ النِّكَاحِ لم يُشْرَعْ لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَقَاصِدَ لَا حُصُولَ لها إلَّا بِالدَّوَامِ على النِّكَاحِ وَالْقَرَارِ عليه وَلَا يَدُومُ إلَّا بِوُجُوبِ الْمَهْرِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِمَا يَجْرِي بين الزَّوْجَيْنِ من الْأَسْبَابِ التي تَحْمِلُ الزَّوْجَ على الطَّلَاقِ من الْوَحْشَةِ وَالْخُشُونَةِ فَلَوْ لم يَجِبْ الْمَهْرُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لَا يُبَالِي الزَّوْجُ عن إزَالَةِ هذا الْمِلْكِ بِأَدْنَى خُشُونَةٍ تَحْدُثُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَشُقُّ عليه إزَالَتُهُ لَمَّا لم يَخَفْ لُزُومَ الْمَهْرِ فَلَا تَحْصُلُ الْمَقَاصِدُ الْمَطْلُوبَةُ من النِّكَاحِ

وَلِأَنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ وَمَقَاصِدَهُ لَا تَحْصُلُ إلَّا بِالْمُوَافَقَةِ وَلَا تَحْصُلُ الْمُوَافَقَةُ إلَّا إذَا كانت الْمَرْأَةُ عَزِيزَةً مُكَرَّمَةً عِنْدَ الزَّوْجِ وَلَا عِزَّةَ إلَّا بِانْسِدَادِ طَرِيقِ الْوُصُولِ إلَيْهَا إلَّا بِمَالٍ له خَطَرٌ عِنْدَهُ لِأَنَّ ما ضَاقَ طَرِيقُ إصَابَتِهِ يَعِزُّ في الْأَعْيُنِ فَيَعِزُّ بِهِ إمْسَاكُهُ وما يَتَيَسَّرُ طَرِيقُ إصَابَتِهِ يَهُونُ في الْأَعْيُنِ فَيَهُونُ إمْسَاكُهُ وَمَتَى هَانَتْ في أَعْيُنِ الزَّوْجِ تَلْحَقُهَا الْوَحْشَةُ فَلَا تَقَعُ الْمُوَافَقَةُ فَلَا تَحْصُلُ مَقَاصِدُ النِّكَاحِ وَلِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ في جَانِبِهَا إمَّا في نَفْسِهَا وَإِمَّا في الْمُتْعَةِ وَأَحْكَامُ الْمِلْكِ في الْحُرَّةِ تُشْعِرُ بِالذُّلِّ وَالْهَوَانِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يُقَابِلَهُ مَالٌ له خَطَرٌ لِيَنْجَبِرَ الذُّلُّ من حَيْثُ الْمَعْنَى

وَالدَّلِيلُ على صِحَّةِ ما قُلْنَا وَفَسَادِ ما قال أنها إذَا طَلَبَتْ الْفَرْضَ من الزَّوْجِ يَجِبُ عليه الْفَرْضُ حتى لو امْتَنَعَ فَالْقَاضِي يُجْبِرُهُ على ذلك وَلَوْ لم يَفْعَلْ نَابَ الْقَاضِي مَنَابَهُ في الْفَرْضِ وَهَذَا دَلِيلُ الْوُجُوبِ قبل الْفَرْضِ لِأَنَّ الْفَرْضَ تَقْدِيرٌ وَمِنْ الْمُحَالِ وُجُوبُ تَقْدِيرِ ما ليس بِوَاجِبٍ وَكَذَا لها أَنْ تَحْبِسَ نَفْسَهَا حتى يُفْرَضَ لها الْمَهْرُ وَيُسَلَّمَ اليها بَعْدَ الْفَرْضِ وَذَلِكَ كُلُّهُ دَلِيلُ الْوُجُوبِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ

وَأَمَّا الْآيَةُ فَالنِّحْلَةُ كما تُذْكَرُ بِمَعْنَى الْعَطِيَّةِ تُذْكَرُ بِمَعْنَى الدِّينِ يُقَالُ ما نِحْلَتُك أَيْ ما دِينُكَ فَكَانَ مَعْنَى قَوْله تَعَالَى { وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } أَيْ دِينًا أَيْ انْتَحِلُوا ذلك

وَعَلَى هذا كانت الْآيَةُ حُجَّةً عليه لِأَنَّهَا تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ وُجُوبُ الْمَهْرِ في النِّكَاحِ دِينًا فَيَقَعُ الِاحْتِمَالُ في الْمُرَادِ بِالْآيَةِ فَلَا تَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ النِّكَاحُ ينبىء عن الِازْدِوَاجِ فَقَطْ فَنَعَمْ لَكِنَّهُ شُرِعَ لِمَصَالِحَ لَا تَصْلُح إلَّا بِالْمَهْرِ فَيَجِبُ الْمَهْرُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا ينبىء عن الْمِلْكِ أَيْضًا لَكِنْ لَمَّا كان مَصَالِحُ النِّكَاحِ لَا تَحْصُلُ بِدُونِهِ ثَبَتَ تَحْصِيلًا لِلْمَصَالِحِ كَذَا الْمَهْرُ

وَأَمَّا الْمَوْلَى إذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ من عَبْدِهِ فَقَدْ قِيلَ إنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ ثُمَّ يَسْقُطُ وَفَائِدَةُ الْوُجُوبِ هو جَوَازُ النِّكَاحِ

وَأَمَّا الذِّمِّيُّ إذَا تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً من غَيْرِ مَهْرٍ فَعَلَى قَوْلِهِمَا يَجِبُ الْمَهْرُ

وَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَيَجِبُ أَيْضًا إلَّا أَنَّا لَا نَتَعَرَّضُ لهم لِأَنَّهُمْ يَدِينُونَ ذلك وقد أُمِرْنَا بِتَرْكِهِمْ وما يَدِينُونَ حتى أنهما لو تَرَافَعَا إلَى الْقَاضِي فَرَضَ الْقَاضِي لها الْمَهْرَ

وَكَذَا إذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ يقضي بِمَهْرِ الْمِثْلِ لِوَرَثَةِ الْمَرْأَةِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إنَّمَا لَا يقضي لِوُجُودِ الِاسْتِيفَاءِ دَلَالَةً لِأَنَّ مَوْتَهُمَا مَعًا في زَمَانٍ وَاحِدٍ نَادِرٌ وَإِنَّمَا الْغَالِبُ مَوْتُهُمَا على التَّعَاقُبِ فإذا لم تَجْرِ الْمُطَالَبَةُ بِالْمَهْرِ دَلَّ ذلك على الِاسْتِيفَاءِ أو على اسْتِيفَاءِ الْبَعْضِ وَالْإِبْرَاءِ عن الْبَعْضِ مع ما أَنَّهُ قد قِيلَ

أن قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ مَحْمُولٌ على ما إذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ حتى لم يَبْقَ من نِسَائِهَا من يُعْتَبَرُ بِهِ مَهْرُ مِثْلِهَا كَذَا ذَكَرَهُ أبو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ وأبو بَكْرٍ الرَّازِيّ وَعِنْدَ ذلك يَتَعَذَّرُ الْقَضَاءُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَإِلَى هذا أَشَارَ مُحَمَّدٌ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَرَأَيْت لو أَنَّ وَرَثَةَ عَلِيٍّ ادَّعَوْا على وَرَثَةِ عُمَرَ مَهْرَ أُمِّ كُلْثُومَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَكُنْتُ أَقْضِي بِهِ وَهَذَا المنع (((المعنى))) لم يُوجَدْ في مَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَدْنَى الْمِقْدَارِ الذي يَصْلُحُ مَهْرًا فَأَدْنَاهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أو ما قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ وَهَذَا

(2/275)

عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الْمَهْرُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ يَسْتَوِي فيه الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ وَتَصْلُحُ الدَّانِقُ وَالْحَبَّةُ مَهْرًا

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من أَعْطَى في نِكَاحٍ مِلْءَ كَفَّيْهِ طَعَامًا أو دَقِيقًا أو سَوِيقًا فَقَدْ اسْتَحَلَّ

وَرُوِيَ عن أَنَسٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال تَزَوَّجَ عبد الرحمن بن عَوْفٍ امْرَأَةً على وَزْنِ نَوَاةٍ من ذَهَبٍ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَدَلَّ أَنَّ التَّقْدِيرَ في الْمَهْرِ ليس بِلَازِمٍ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ ثَبَتَ حَقًّا لِلْعَبْدِ وهو حَقُّ الْمَرْأَةِ بِدَلِيلِ أنها تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه اسْتِيفَاءً واسقاطا فَكَانَ التَّقْدِيرُ فيه إلَى الْعَاقِدَيْنِ

وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ } شَرَطَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ مَالًا وَالْحَبَّةُ وَالدَّانِقُ وَنَحْوُهُمَا لَا يُعَدَّانِ مَالًا فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا

وَرُوِيَ عن جَابِرٍ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا مَهْرَ دُونَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَعَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا لَا يَكُونُ الْمَهْرُ أَقَلَّ من عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمْ قالوا ذلك توقيفا لِأَنَّهُ بَابٌ لَا يُوصَلُ إلَيْهِ بِالِاجْتِهَادِ وَالْقِيَاسِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ في الْمِقْدَارِ يَجِبُ الْأَخْذُ بِالْمُتَيَقَّنِ وهو الْعَشَرَةُ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَفِيهِ إثْبَاتُ الِاسْتِحْلَالِ إذَا ذُكِرَ فيه مَالٌ قَلِيلٌ لَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةً وَعِنْدَنَا الِاسْتِحْلَالُ صَحِيحٌ ثَابِتٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ثَابِتٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ من غَيْرِ تَسْمِيَةِ شَيْءٍ أَصْلًا فَعِنْدَ تَسْمِيَةِ مَالٍ قَلِيلٍ أَوْلَى إلَّا أَنَّ الْمُسَمَّى إذَا كان دُونَ الْعَشَرَةِ تُكَمَّلُ عَشَرَةً وَلَيْسَ في الحديث نَفْيُ الزِّيَادَةِ على الْقَدْرِ وَعِنْدَنَا قام دَلِيلُ الزِّيَادَةِ إلَى الْعَشَرَةِ لِمَا نَذْكُرُ فَيُكَمَّلُ عَشَرَةً وَلَا حُجَّةَ له فِيمَا رُوِيَ من الْأَثَرِ لِأَنَّ فيه وَزْنَ نَوَاةٍ من ذَهَبٍ وقد تَكُونُ مِثْلَ وَزْنِ دِينَارٍ بَلْ تَكُونُ أَكْثَرَ في الْعَادَةِ فَإِنْ قِيلَ رُوِيَ أَنَّ قِيمَةَ النَّوَاةِ كانت ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُقَوِّمَ غَيْرُ مَعْلُومٍ أَنَّهُ من كان فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يُجْعَلَ قَوْلُ ذلك حُجَّةً على الْغَيْرِ حتى يُعْلَمَ أَنَّهُ من هو مع ما أَنَّهُ قد قال قَوْمٌ إنَّ النَّوَاةَ كان بَلَغَ وَزْنُهَا قِيمَةَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَبِهِ قال إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيّ على أَنَّ الْقَدْرَ الْمَذْكُورَ في الْخَبَرِ وَالْأَثَرِ كان يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُعَجَّلًا في الْمَهْرِ لَا أَصْلَ الْمَهْرِ على ما جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَعْجِيلِ شَيْءٍ من الْمَهْرِ قبل الدُّخُولِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذلك كُلُّهُ في حَالِ جَوَازِ النِّكَاحِ بِغَيْرِ مَهْرٍ على ما قِيلَ إن النِّكَاحَ كان جَائِزًا بِغَيْرِ مَهْرٍ إلَى أَنْ نهى النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن الشِّغَارِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أن الْمَهْرَ حَقُّ الْعَبْدِ فَكَانَ التَّقْدِيرُ فيه إلَى الْعَبْدِ فَنَقُولُ نعم هو في حَالَةِ الْبَقَاءِ حَقُّهَا على الْخُلُوصِ فَأَمَّا في حَالَةِ الثُّبُوتِ فَحَقُّ الشَّرْعِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ إبَانَةً لِخَطَرِ الْبُضْعِ صِيَانَةً له عن شُبْهَةِ الِابْتِذَالِ بِإِيجَابِ مَالٍ له خَطَرٌ في الشَّرْعِ كما في نِصَابِ السَّرِقَةِ فَإِنْ كان الْمُسَمَّى أَقَلَّ من عَشَرَةٍ يُكَمَّلُ عَشَرَةً عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لها مَهْرُ الْمِثْلِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ ما دُونَ الْعَشَرَةِ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَفَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ كما لو سمي خَمْرًا أو خِنْزِيرًا فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ

وَلَنَا أَنَّهُ لِمَا كان أَدْنَى الْمِقْدَارِ الذي يَصْلُحُ مَهْرًا في الشَّرْعِ هو الْعَشَرَةُ كان ذِكْرُ بَعْضِ الْعَشَرَةِ ذِكْرًا لِلْكُلِّ لِأَنَّ الْعَشَرَةَ في كَوْنِهَا مَهْرًا لَا يَتَجَزَّأُ وَذِكْرُ الْبَعْضِ فِيمَا لَا يَتَبَعَّضُ يَكُونُ ذِكْرًا لِكُلِّهِ كما في الطَّلَاقِ وَالْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ ما دُونَ الْعَشَرَةِ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ فَنَقُولُ التَّسْمِيَةُ إنَّمَا تَفْسُدُ إذَا لم يَكُنْ الْمُسَمَّى مَالًا أو كان مَجْهُولًا وَهَهُنَا الْمُسَمَّى مَالٌ وَإِنْ قَلَّ فَهُوَ مَعْلُومٌ إلا أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا بِنَفْسِهِ إلَّا بِغَيْرِهِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرًا لِمَا هو الْأَدْنَى من الْمُصْلِحِ بِنَفْسِهِ وَفِيهِ تَصْحِيحُ تَصَرُّفِهِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ فَكَانَ أَوْلَى من إلْحَاقِهِ بِالْعَدَمِ وَفِيهِ أَخْذٌ بِالْيَقِينِ أَيْضًا فَكَانَ أَحَقَّ بِخِلَافِ ما إذَا ذَكَرَ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا لِأَنَّ الْمُسَمَّى ليس بِمَالٍ فلم يَصْلُحْ مَهْرًا بِنَفْسِهِ وَلَا بِغَيْرِهِ فَفَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ فَوَجَبَ الْمُوجَبُ الْأَصْلِيُّ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ أو على مَوْصُوفٍ أو على مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ مُعَيَّنٍ فَذَلِكَ مَهْرُهَا إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةً وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْعَقْدِ لَا يوم التَّسْلِيمِ حتى لو كانت قِيمَتُهُ يوم الْعَقْدِ عَشَرَةً فلم يُسَلِّمْهُ إلَيْهَا حتى صَارَتْ قِيمَتُهُ ثَمَانِيَةً فَلَيْسَ لها إلَّا ذلك وَلَوْ كانت قِيمَتُهُ يوم الْعَقْدِ ثَمَانِيَةً فلم يُسَلِّمْهُ إلَيْهَا حتى صَارَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةً فَلَهَا ذلك وَدِرْهَمَانِ

وَذَكَرَ الْحُسَيْنُ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ فَرَّقَ بين الثَّوْبِ وَبَيْنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فقال في الثَّوْبِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم التَّسْلِيمِ وفي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ يوم الْعَقْدِ وَهَذَا الْفَرْقُ لَا يُعْقَلُ له وَجْهٌ في الْمُعَيَّنِ لِأَنَّ الزَّوْجَ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ

الْمُعَيَّنِ فِيهِمَا جميعا وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا في الْمَوْصُوفِ أَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ إذَا كان مَوْصُوفًا في الذِّمَّةِ فَالزَّوْجُ مَجْبُورٌ على دَفْعِهِ وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ غَيْرِهِ من غَيْرِ رِضَاهَا فَكَانَ مُسْتَقِرًّا مَهْرًا بِنَفْسِهِ في ذِمَّتِهِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الِاسْتِقْرَارِ وهو يَوْمُ الْعَقْدِ فَأَمَّا الثَّوْبُ وَإِنْ وُصِفَ فلم يَتَقَرَّرْ مَهْرًا في الذِّمَّةِ بِنَفْسِهِ بَلْ الزَّوْجُ مُخَيَّرٌ في تَسْلِيمِهِ وَتَسْلِيمِ قِيمَتِهِ في إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ مَهْرًا بِالتَّسْلِيمِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم التَّسْلِيمِ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ ما جُعِلَ مَهْرًا لم يَتَغَيَّرْ في نَفْسِهِ وَإِنَّمَا التَّغَيُّرُ في رَغَبَاتِ الناس بِحُدُوثِ فُتُورٍ فيها وَلِهَذَا لو غَصَبَ شيئا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَيُعْتَبَرُ سِعْرُهُ وَصَارَ يُسَاوِي خَمْسَةً فزده (((فرده))) على الْمَالِكِ لَا يَضْمَنُ شيئا وَلِأَنَّهُ لَمَّا سَمَّى ما هو أَدْنَى مَالِيَّةٍ من الْعَشَرَةِ كان ذلك تَسْمِيَةً لِلْعَشَرَةِ لِأَنَّ ذِكْرَ الْبَعْضِ فِيمَا لَا يَتَجَزَّأُ ذِكْرٌ لِكُلِّهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ سمي ذلك دِرْهَمَيْنِ ثُمَّ ازدادات (((ازدادت))) قِيمَتُهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فصل وَأَمَّا بَيَانُ ما يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وما لَا يَصِحُّ وبيانه (((وبيان))) حُكْمِ

صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَفَسَادِهَا فَنَقُولُ لِصِحَّةِ التَّسْمِيَةِ شَرَائِطُ منها أَنْ يَكُونَ الْمُسَمَّى مَالًا مُتَقَوِّمًا وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَصِحُّ التَّسْمِيَةُ سَوَاءٌ كان الْمُسَمَّى مَالًا أو لم يَكُنْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إلَى رسول اللَّهِ وَقَالَتْ يا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي وَهَبْت نَفْسِي لك فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما بِي في النِّسَاءِ من حَاجَةٍ فَقَامَ رَجُلٌ وقال زَوِّجْنِيهَا يا رَسُولَ اللَّهِ فقال رسول اللَّهِ ما عِنْدَك فقال ما عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيهَا فقال أَعْطِهَا وَلَوْ خَاتَمًا من حَدِيدٍ فقال ما عِنْدِي فقال هل مَعَك شَيْءٌ من الْقُرْآنِ قال نعم سُورَةُ كَذَا فقال زَوَّجْتُكهَا بِمَا مَعَك من الْقُرْآنِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمُسَمَّى وهو السُّورَةُ من الْقُرْآنِ لَا يُوصَفُ بِالْمَالِيَّةِ فَدَلَّ أَنَّ كَوْنَ التَّسْمِيَةِ مَالًا ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ التَّسْمِيَةِ

وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ } شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ مَالًا فما لَا يَكُونُ مَالًا لَا يَكُونُ مَهْرًا فَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَقَوْله تَعَالَى { فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } أَمَرَ بِتَنْصِيفِ الْمَفْرُوضِ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فَيَقْتَضِي كَوْنَ الْمَفْرُوضِ مُحْتَمِلًا لِلتَّنْصِيفِ وهو الْمَالُ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَهُوَ في حَدِّ الْآحَادِ وَلَا يُتْرَكُ نَصُّ الْكِتَابِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ مع ما أَنَّ ظَاهِرَهُ مَتْرُوكٌ لِأَنَّ السُّورَةَ من الْقُرْآنِ لَا تَكُونُ مَهْرًا بِالْإِجْمَاعِ وَلَيْسَ فيه ذِكْرُ تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَلَا ما يَدُلُّ عليه ثُمَّ تَأْوِيلُهَا زَوَّجْتُكهَا بِسَبَبِ ما مَعَك من الْقُرْآنِ وَبِحُرْمَتِهِ وَبَرَكَتِهِ لَا أَنَّهُ كان ذلك النِّكَاحُ بِغَيْرِ تَسْمِيَةِ مَالٍ

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ إذَا تَزَوَّجَ على تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ أو على تَعْلِيمِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ من الْأَحْكَامِ أو على الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ وَنَحْوِهَا من الطَّاعَاتِ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ عِنْدَنَا لِأَنَّ الْمُسَمَّى ليس بِمَالٍ فَلَا يَصِيرُ شَيْءٌ من ذلك مَهْرًا ثُمَّ الْأَصْلُ في التَّسْمِيَةِ أنها إذَا صَحَّتْ وَتَقَرَّرَتْ يَجِبُ الْمُسَمَّى ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الْمُسَمَّى عَشَرَةً فَصَاعِدًا فَلَيْسَ لها إلَّا ذلك وَإِنْ كان دُونَ الْعَشَرَةِ تُكَمَّلُ الْعَشَرَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ خِلَافًا لِزُفَرَ وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ

وإذا فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ أو تَزَلْزَلَتْ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْعِوَضَ الْأَصْلِيَّ في هذا الْبَابِ هو مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ قِيمَةُ الْبُضْعِ وَإِنَّمَا يُعْدَلُ عنه إلَى الْمُسَمَّى إذَا صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَكَانَتْ التَّسْمِيَةُ تَقْدِيرًا لِتِلْكَ الْقِيمَةِ فإذا لم تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ أو تَزَلْزَلَتْ لم يَصِحَّ التَّقْدِيرُ فإذا لم يَصِحَّ التَّقْدِيرُ فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إلَى الْفَرْضِ الْأَصْلِيِّ وَلِهَذَا كان الْمَبِيعُ بَيْعًا فَاسِدًا مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ في ذَوَاتِ الْقِيَمِ لَا بِالثَّمَنِ كَذَا هذا وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ لِأَنَّ جَوَازَهُ لَا يَقِفُ على التَّسْمِيَةِ أَصْلًا فإنه جَائِزٌ عِنْدَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ رَأْسًا فَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ إذَا لم يَمْنَعْ جَوَازَ النِّكَاحِ فَفَسَادُهَا أَوْلَى أَنْ لَا يَمْنَعَ وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ إذَا فَسَدَتْ الْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا ولم يُسَمِّ شيئا وَهُنَاكَ النِّكَاحُ صَحِيحٌ كَذَا هذا وَلِأَنَّ تَسْمِيَةَ ما ليس بِمَالٍ بشرط (((شرط))) فَاسِدٌ وَالنِّكَاحُ لَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْفَسَادَ في بَابِ الْبَيْعِ لِمَكَانِ الرِّبَا وَالرِّبَا لَا يَتَحَقَّقُ في النِّكَاحِ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَيَبْقَى النِّكَاحُ صَحِيحًا وَعِنْدَهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَيَصِيرُ الْمَذْكُورُ مَهْرًا لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه بِالِاسْتِئْجَارِ عليه عِنْدَهُ فَتَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَكَذَلِكَ إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً على طَلَاقِ امْرَأَةٍ أُخْرَى أو على الْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ عِنْدَنَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ ليس بِمَالٍ

وَكَذَا الْقِصَاصُ وَعِنْدَهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عن الطَّلَاقِ وَالْقِصَاصِ
وَكَذَلِكَ إذَا تَزَوَّجَهَا على أَنْ لَا يُخْرِجَهَا من بَلَدِهَا أو على أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عليها فإن الْمَذْكُورَ ليس بِمَالٍ وَكَذَا لو تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَةَ على مَيْتَةٍ أو دَمٍ أو خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ لم تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ لَيْسَا بِمَالٍ في حَقِّ أَحَدٍ وَالْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ لَيْسَا بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَةُ شَيْءٍ من ذلك مَهْرًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ نِكَاحُ الشِّغَارِ وهو أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ لِآخَرَ على أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ أُخْتَهُ أو يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ أو يُزَوِّجَهُ أَمَتَهُ وَهَذِهِ التَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَعَلَ بُضْعَ كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرَ الْأُخْرَى وَالْبُضْعُ ليس بِمَالٍ فَفَسَدَتْ التسيمة (((التسمية))) وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ الْمِثْلِ لِمَا قُلْنَا وَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَاسِدٌ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن النبي أَنَّهُ نهى عن نِكَاحِ الشِّغَارِ وَالنَّهْيُ يُوجِبُ فَسَادَ المنهي عنه وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَعَلَ بُضْعَ كل وَاحِدَةٍ من الْمَرْأَتَيْنِ نِكَاحًا وَصَدَاقًا وَهَذَا لَا يَصِحُّ
وَلَنَا أَنَّ هذا النِّكَاحَ مُؤَبَّدٌ أَدْخَلَ فيه شَرْطًا فَاسِدًا حَيْثُ شَرَطَ فيه أَنْ يَكُونَ بُضْعُ كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرَ الْأُخْرَى وَالْبُضْعُ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا وَالنِّكَاحُ لَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ كما إذَا تَزَوَّجَهَا على أَنْ يُطَلِّقَهَا وَعَلَى أَنْ يَنْقُلَهَا من مَنْزِلِهَا وَنَحْوَ ذلك وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَجْتَمِعْ النِّكَاحُ وَالصَّدَاقُ في بُضْعٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ جَعْلَ الْبُضْعِ صَدَاقًا لم يَصِحَّ فَأَمَّا النَّهْيُ عن نِكَاحِ الشِّغَارِ فَنِكَاحُ الشِّغَارِ هو النِّكَاحُ الْخَالِي عن الْعِوَضِ مَأْخُوذٌ من قَوْلِهِمْ شَغَرَ الْبَلَدُ إذَا خَلَا عن السُّلْطَانِ وَشَغَرَ الْكَلْبُ إذَا رَفَعَ إحْدَى رِجْلَيْهِ وَعِنْدَنَا هو نِكَاحٌ بِعِوَضٍ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ فَلَا يَكُونُ شِغَارًا على أَنَّ النَّهْيَ ليس عن عَيْنِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ مُشْتَمِلٌ على مَصَالِحِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا فَلَا يُحْتَمَلُ النَّهْيُ عن إخْلَاءِ النِّكَاحِ عن تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ
وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال نهى رسول اللَّهِ أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ بِالْمَرْأَةِ ليس لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ وهو إشَارَةٌ إلَى أَنَّ النَّهْيَ لِمَكَانِ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ لَا لِعَيْنِ النِّكَاحِ فَبَقِيَ النِّكَاحُ صَحِيحًا
وَلَوْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً على أَنْ يَخْدُمَهَا سَنَةً فَالتَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ التَّسْمِيَةُ صَحِيحَةٌ وَلَهَا قِيمَةُ خِدْمَةِ سَنَةٍ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّسْمِيَةُ صَحِيحَةٌ وَلَهَا خِدْمَةُ سَنَةٍ
وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَهَا على أَنْ يَرْعَى غَنَمَهَا سَنَةً أَنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ وَلَهَا رَعْيُ غَنَمِهَا سَنَةً وَلَفْظُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ يَدُلُّ على أنها لَا تَصِحُّ في رَعْيِ الْغَنَمِ كما لَا تَصِحُّ في الْخِدْمَةِ لِأَنَّ رَعْيَ غَنَمِهَا خِدْمَتُهَا من مَشَايِخِنَا من جَعَلَ في رَعْيِ غَنَمِهَا رِوَايَتَيْنِ
وَمِنْهُمْ من قال يَصِحُّ في رَعْيِ الْغَنَمِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ في خِدْمَتِهِ لها وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْعَبْدَ إذَا تَزَوَّجَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى امْرَأَةً على أَنْ يَخْدِمَهَا سَنَةً أَنْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الْمُسَمَّى
أَمَّا الشَّافِعِيُّ فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ أَنَّ كُلَّ ما يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَمَنَافِعُ الْحُرِّ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنها لِأَنَّ إجَارَةَ الْحُرِّ جَائِزَةٌ بِلَا خِلَافٍ فَتَصِحُّ تَسْمِيَتُهَا كما تَصِحُّ تَسْمِيَةُ مَنَافِعِ الْعَبْدِ وَأَمَّا الْكَلَامُ مع أَصْحَابِنَا فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ مَنَافِعَ الْحُرِّ مَالٌ لِأَنَّهَا مَالٌ في سَائِرِ الْعُقُودِ حتى يَجُوزَ أَخْذُ الْعِوَضِ عنها فَكَذَا في النِّكَاحِ وإذا كانت مَالًا صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ

التَّسْلِيمُ لِمَا فِي التَّسْلِيمِ مِن اسْتِخْدَامِ الْحُرَّةِ زَوْجَهَا وَأَنَّهُ حَرَامٌ لِمَا نَذْكُرُ فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إلَى قِيمَةِ الْخِدْمَةِ كما لو تَزَوَّجَهَا على عَبْدٍ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدَ أَنَّهُ يَجِبُ عليه قِيمَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْعَبْدِ قد صَحَّتْ لِكَوْنِهِ مَالًا لَكِنْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ بِالِاسْتِحْقَاقِ فَوَجَبَتْ عليه قِيمَتُهُ لَا مَهْرُ الْمِثْلِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ مُتَقَوِّمَةٍ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَلِهَذَا لم تَكُنْ مَضْمُونَةً بِالْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لها حُكْمُ التَّقَوُّمِ في سَائِرِ الْعُقُودِ شَرْعًا ضَرُورَةً دَفْعًا لِلْحَاجَةِ بها وَلَا يُمْكِنُ دَفْعُ الْحَاجَةِ بها هَهُنَا لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَنْدَفِعُ إلَّا بِالتَّسْلِيمِ وَأَنَّهُ مَمْنُوعٌ عنه شَرْعًا لِأَنَّ اسْتِخْدَامَ الْحُرَّةِ زَوْجَهَا الْحُرَّ حَرَامٌ لِكَوْنِهِ اسْتِهَانَةً وَإِذْلَالًا وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لِلِابْنِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ أَبَاهُ لِلْخِدْمَةِ فَلَا تَسْلَمُ خِدْمَتُهُ لها شَرْعًا فَلَا يُمْكِنُ دَفْعُ الْحَاجَةِ بها فلم يَثْبُتْ لها التَّقَوُّمُ فَبَقِيَتْ على الْأَصْلِ فَصَارَ كما لو سَمَّى ما لَا قِيمَةَ له كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَهُنَاكَ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كَذَا هَهُنَا حتى لو كان الْمُسَمَّى فِعْلًا لَا اسْتِهَانَةَ فيه

وَلَا مَذَلَّةَ على الرَّجُلِ كَرَعْيِ دَوَابِّهَا وَزِرَاعَةِ أَرْضِهَا وَالْأَعْمَالُ التي خَارِجُ الْبَيْتِ تَصِحُّ بِالتَّسْمِيَةِ لِأَنَّ ذلك من بَابِ الْقِيَامِ بِأَمْرِهَا لَا من بَابِ الْخِدْمَةِ بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّ اسْتِخْدَامَ زَوْجَتِهِ إيَّاهُ لَيس بِحَرَامٍ لِأَنَّهُ عُرْضَةٌ لِلِاسْتِخْدَامِ والإبتذال لِكَوْنِهِ مَمْلُوكًا مُلْحَقًا بِالْبَهَائِمِ وَلِأَنَّ مَبْنَى النِّكَاحِ على الِاشْتِرَاكِ في الْقِيَامِ بِمَصَالِحِ الْمَعَاشِ فَكَانَ لها في خِدْمَتِهِ حَقٌّ فإذا جَعَلَ خِدْمَتَهُ لها مَهْرَهَا فَكَأَنَّهُ جَعَلَ ما هو لها مَهْرَهَا فلم يَجُزْ كَالْأَبِ إذَا اسْتَأْجَرَ ابْنَهُ بِخِدْمَتِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْأَبِ مُسْتَحَقَّةٌ عليه كَذَا هذا بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّ خِدْمَتَهُ خَالِصُ مِلْكِ الْمَوْلَى فَصَحَّتْ التَّسْمِيَةُ

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على مَنَافِعِ سَائِرِ الْأَعْيَانِ من سُكْنَى دَارِهِ وَخِدْمَةِ عَبِيدِهِ وَرُكُوبِ دَابَّتِهِ وَالْحَمْلِ عليها وَزِرَاعَةِ أَرْضِهِ وَنَحْوِ ذلك من مَنَافِعِ الْأَعْيَانِ مُدَّةً مَعْلُومَةً صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّ هذه الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ أو الْتَحَقَتْ بِالْأَمْوَالِ شَرْعًا في سَائِرِ الْعُقُودِ لِمَكَانِ الْحَاجَةِ وَالْحَاجَةُ في النِّكَاحِ مُتَحَقِّقَةٌ وَإِمْكَانُ الدَّفْعِ بِالتَّسْلِيمِ ثَابِتٌ بِتَسْلِيمِ مَحَالِّهَا إذْ ليس فيه اسْتِخْدَامُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا فَجُعِلَتْ أَمْوَالًا وَالْتَحَقَتْ بِالْأَعْيَانِ فحصت (((فصحت))) تَسْمِيَتُهَا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال تَزَوَّجْتُك على هذا الْعَبْدِ فإذا هو حُرٌّ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْأَمْرَ لَا يَخْلُو إما أن سمي ما يَصْلُحُ مَهْرًا وَأَشَارَ إلَى ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا وإما أن سَمَّى ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَأَشَارَ إلَى ما يَصْلُحُ مَهْرًا فَإِنْ سَمَّى ما يَصْلُحُ مَهْرًا وَأَشَارَ إلَى ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا بِأَنْ قال تَزَوَّجْتُك على هذا الْعَبْدِ فإذا هو حُرٌّ أو على هذه الشَّاةِ الذَّكِيَّةِ فإذا هِيَ مَيْتَةٌ أو على هذا الزِّقِّ الْخَلِّ فإذا هو خَمْرٌ فَالتَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ في جَمِيعِ ذلك وَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ في الْكُلِّ وَعَلَيْهِ في الْحُرِّ قِيمَةُ الْحُرِّ لو كان عَبْدًا وفي الشَّاةِ قِيمَةُ الشَّاةِ لو كانت ذَكِيَّةً وفي الْخَمْرِ مِثْلُ ذلك الدَّنِّ من خَلٍّ وَسَطٍ وَمُحَمَّدٌ فَرَّقَ فقال مِثْلَ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ في الْحُرِّ وَالْمَيْتَةِ وَمِثْلَ قَوْلِ أبي يُوسُفَ في الْخَمْرِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ لِأَنَّ الْمُسَمَّى هو الْعَبْدُ وَالشَّاةُ الذَّكِيَّةُ

وَالْخَلُّ وَكُلُّ ذلك مَالٌ فَصَحَّتْ التَّسْمِيَةُ إلَّا أَنَّهُ إذَا ظَهَرَ أَنَّ الْمُشَارَ إلَيْهِ خِلَافَ جِنْسِ الْمُسَمَّى في صَلَاحِيَّةِ الْمَهْرِ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ فَتَجِبُ الْقِيمَةُ في الْحُرِّ وَالشَّاةِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من الْمِثْلِيَّاتِ وفي الْخَمْرِ يَجِبُ مِثْلُهُ خَلًّا لِأَنَّهُ مِثْلِيٌّ كما لو هَلَكَ الْمُسَمَّى أو اُسْتُحِقَّ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ في الْفَرْقِ أَنَّ الْإِشَارَةَ مع التَّسْمِيَةِ إذَا اجْتَمَعَتَا في الْعُقُودِ فَإِنْ كان الْمُشَارُ إلَيْهِ من جِنْسِ الْمُسَمَّى يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُشَارِ إلَيْهِ وَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِهِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى هذا أَصْلٌ مُجْمَعٌ عليه في الْبَيْعِ على ما نَذْكُرُ في الْبُيُوعِ وَالْحُرُّ من جِنْسِ الْعَبْدِ لِاتِّحَادِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ

وَكَذَا الشَّاةُ الْمَيْتَةُ من جِنْسِ الشَّاةِ الذَّكِيَّةِ فَكَانَتْ الْعِبْرَةُ لِلْإِشَارَةِ وَالْتَحَقَتْ التَّسْمِيَةُ بِالْعَدَمِ وَالْمُشَارُ إلَيْهِ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَصَارَ كَأَنَّهُ اقْتَصَرَ على الْإِشَارَةِ ولم يُسَمِّ بِأَنْ قال تَزَوَّجْتُكِ على هذا وَسَكَتَ فَأَمَّا الْخَلُّ مع الْخَمْرِ فَجِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ فَتَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى لَكِنْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ وهو مِثْلِيٌّ فَيَجِبُ مِثْلُهُ خَلًّا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِشَارَةَ وَالتَّسْمِيَةَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وُضِعَتْ للتعريف (((للتعريف))) إلَّا أَنَّ الْإِشَارَةَ أَبْلَغُ في التَّعْرِيفِ لِأَنَّهَا تُحْضِرُ الْعَيْنَ وَتَقْطَعُ الشَّرِكَةَ وَالتَّسْمِيَةُ لَا تُوجِبُ إحْضَارَ الْعَيْنِ وَلَا تَقْطَعُ الشَّرِكَةَ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ التَّسْمِيَةِ عِنْدَ الْإِشَارَةِ وَبَقِيَتْ الْإِشَارَةُ وَالْمُشَارُ إلَيْهِ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كما لو أَشَارَ إلَى الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ولم يُسَمِّ

وَحَقِيقَةُ الْفِقْهِ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هذا حُرٌّ سمي عَبْدًا وَتَسْمِيَةُ الْحُرِّ عَبْدًا بَاطِلٌ لِأَنَّهُ كَذِبٌ فَالْتَحَقَتْ التَّسْمِيَةُ بِالْعَدَمِ وَبَقِيَتْ الْإِشَارَةُ وَالْمُشَارُ إلَيْهِ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ فَالْتَحَقَتْ الْإِشَارَةُ بِالْعَدَمِ أَيْضًا فَصَارَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا وَهَذَا فِقْهٌ وَاضِحٌ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى هذا إذَا سَمَّى ما يَصْلُحُ مَهْرًا وَأَشَارَ إلَى ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَأَمَّا إذَا سَمَّى ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا وَأَشَارَ إلَى ما يَصْلُحُ مَهْرًا بِأَنْ قال تَزَوَّجْتُك على هذا الْحُرِّ فإذا هو عبدا وعلى هذه الْمَيْتَةِ فإذا هِيَ ذَكِيَّةٌ أو على هذا الدَّنِّ الْخَمْرِ فإذا هو خَلٌّ فَقَدْ رَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّسْمِيَةَ فَاسِدَةٌ وَلَهَا الْمُشَارُ إلَيْهِ

وَرَوَى مُحَمَّدٌ عنه أَنَّ لها مَهْرَ الْمِثْلِ

وَرِوَايَةُ أبي يُوسُفَ أَصَحُّ الرِّوَايَتَيْنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّسْمِيَةَ لَا حُكْمَ لها مع الْإِشَارَةِ في بَابِ النِّكَاحِ فَكَانَتْ الْعِبْرَةُ لِلْإِشَارَةِ وَالْمُشَارُ إلَيْهِ يَصْلُحُ مَهْرًا لِأَنَّهُ مَالٌ فَكَانَ لها الْمُشَارُ إلَيْهِ

ووجه (((وجه))) ما روي مُحَمَّدٌ

عنه أَنَّهُ لَمَّا سَمَّى مالا يَصْلُحُ مَهْرًا وَأَشَارَ إلَى ما يَصْلُحُ مَهْرًا فَقَدْ هَزَلَ بِالتَّسْمِيَةِ وَالْهَازِلُ لَا يَتَعَلَّقُ بِتَسْمِيَتِهِ حُكْمٌ فَبَطَلَ كَلَامُهُ رَأْسًا وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على هذا الدَّنِّ الْخَمْرِ وَقِيمَةُ الظَّرْفِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا رَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في هذه الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ روى عنه أَنَّ لها الدَّنَّ لَا غير وروى عنه أَيْضًا أَنَّ لها مَهْرَ الْمِثْلِ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ سَمَّى ما يَصْلُحُ مَهْرًا وهو الظَّرْفُ وما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا

وهو الْخَمْرُ فَيَلْغُو ما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا كما لو تَزَوَّجَهَا على الْخَلِّ وَالْخَمْرِ وَقِيمَةُ الْخَلِّ عَشَرَةٌ أَنَّهُ يَكُونُ لها الْخَلُّ لَا غير لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الظَّرْفَ لَا يُقْصَدُ بِالْعَقْدِ عَادَةً بَلْ هو تَابِعٌ وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ هو الْمَظْرُوفُ فإذا بَطَلَتْ التَّسْمِيَةُ في الْمَقْصُودِ تَبْطُلُ فِيمَا هو تَبَعٌ له وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ فإذا أَحَدُهُمَا حُرٌّ فَلَيْسَ لها إلَّا الْعَبْدُ الْبَاقِي إذَا كانت قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وقال أبو يُوسُفَ لها الْعَبْدُ وَقِيمَةُ الْحُرِّ لو كان عَبْدًا
وقال مُحَمَّدٌ يُنْظَرُ إلَى الْعَبْدِ إنْ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ مَهْرَ مِثْلِهَا فَلَيْسَ لها إلَّا الْعَبْدُ وَإِنْ كانت قميته (((قيمته))) أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا تَبْلُغُ إلَى تَمَنِ مَهْرِ مِثْلِهَا وهو قَوْلُ زُفَرَ وَهَذَا بِنَاءً على الْأُصُولِ التي ذَكَرْنَاهَا لهم
فَمِنْ أَصْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ جَعْلَ الْحُرِّ مَهْرًا صَحِيحٌ إذَا سَمَّى عَبْدًا وَيَتَعَلَّقُ بِقِيمَتِهِ أَنْ لو كان عَبْدًا فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّيَيْنِ جميعا بِقَدْرِ ما يَحْتَمِلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّعْلِيقَ بِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْعَبْدِ بِعَيْنِهِ لِأَنَّهُ مُمْكِنٌ وَيَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ بِقِيمَتِهِ لو كان عَبْدًا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِعَيْنِهِ
وَمِنْ أَصْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمُشَارَ إلَيْهِ إذَا كان من جِنْسِ الْمُسَمَّى فَالْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إلَيْهِ وَالْحُرُّ من جِنْسِ الْعَبْدِ لِاتِّحَادِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهِمَا إلَّا أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الْجَمْعِ بين الْمُسَمَّى وَبَيْنَ مَهْرِ الْمِثْلِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كَانَا حُرَّيْنِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَهُ وَمَتَى وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ امْتَنَعَ وُجُوبُ الْمُسَمَّى
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَصْلَانِ أَحَدُهُمَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْحُرَّ إذَا جُعِلَ مَهْرًا وَسُمِّيَ عَبْدًا لَا يَتَعَلَّقُ بِتَسْمِيَتِهِ شَيْءٌ وَجُعِلَ ذِكْرُهُ وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ
وَالثَّانِي أَنَّ الْعَقْدَ إذَا أُضِيفَ إلَى ما يَصْلُحُ يَلْغُو ما لَا يَصْلُحُ وَيَسْتَقِرُّ ما يَصْلُحُ كَمَنْ جَمَعَ بين امْرَأَةٍ تَحِلُّ له وَامْرَأَةٍ لَا تَحِلُّ له وَتَزَوَّجَهُمَا في عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ بِمُسَمًّى يَجِبُ كُلُّ الْمُسَمَّى بِمُقَابَلَةِ الْحَلَالِ وَانْعِقَادُ نِكَاحِهَا صَحِيحًا لِلْعَقْدِ وَالتَّسْمِيَةُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَتَقْرِيرًا لِلْعَقْدِ فِيمَا أَمْكَنَ تَقْرِيرُهُ وَإِلْغَاؤُهُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ فيه وَالْعَبْدُ هو الصَّالِحُ لِكَوْنِهِ مَهْرًا فَصَحَّتْ تَسْمِيَتُهُ وَيَصِيرُ مَهْرًا لها إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةً فَصَاعِدًا
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا تَزَوَّجَهَا على بَيْتٍ وَخَادِمٍ وَالْخَادِمُ حُرٌّ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على هَذَيْنِ الدَّنَّيْنِ من الْخَلِّ فإذا أَحَدُهُمَا خَمْرٌ لها الْبَاقِي لَا غير في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ إذَا كان يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ كما في الْعَبْدَيْنِ وَعِنْدَهُمَا لها الْبَاقِي وَمِثْلُ هذا الدَّنِّ من الْخَلِّ وقد ذَكَرْنَا الْأَصْلَ وَلَوْ سمي مَالًا وَضَمَّ إلَيْهِ ما ليس بِمَالٍ لَكِنْ لها فيه مَنْفَعَةٌ مِثْلُ طَلَاقِ امْرَأَةٍ أُخْرَى وَإِمْسَاكِهَا في بَلَدِهَا أو الْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ فَإِنْ وَفَّى بِالْمَنْفَعَةِ فَلَيْسَ لها إلَّا ما سَمَّى إذَا كان يُسَاوِي عَشَرَةً فَصَاعِدًا لِأَنَّهُ سَمَّى ما يَصْلُحُ مَهْرًا بِنَفْسِهِ وَشَرَطَ لها مَنْفَعَةً وقد وَفَّى بِمَا شَرَطَ لها فَصَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَصَارَتْ الْعَشَرَةُ مَهْرًا وَإِنْ لم يَفِ بِالْمَنْفَعَةِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان ما سَمَّى لها من الْمَالِ مِثْلَ مَهْرِ مِثْلِهَا أو أَكْثَرَ فَلَا شَيْءَ لها إلَّا ذلك وَإِنْ كان ما سَمَّى لها أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا تَمَّمَ لها مَهْرَ مِثْلِهَا عِنْدَنَا
وقال زُفَرُ إنْ كان الْمَضْمُومُ مَالًا كما إذَا شَرَطَ أَنْ يَهْدِيَ لها هَدِيَّةً فلم يَفِ لها تَمَّمَ لها مَهْرَ الْمِثْلِ وَإِنْ كان غير مَالٍ كَطَلَاقِ امْرَأَةٍ أُخْرَى وَأَنْ لَا يُخْرِجَهَا من بَلَدِهَا فَلَيْسَ لها إلَّا ما سَمَّى
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ ما ليس بِمَالٍ لَا يُتَقَوَّمُ فَلَا يَكُونُ فَوَاتُهُ مَضْمُونًا بِعِوَضٍ وما هو مَالٌ يُتَقَوَّمُ فإذا لم يُسَلَّمْ لها جَازَ لها الرُّجُوعُ إلَى تَمَامِ الْعِوَضِ

وَلَنَا أَنَّ الْمُوجِبَ الْأَصْلِيَّ فِي هذا الْبَابِ هو مَهْرُ الْمِثْلِ فَلَا يُعْدَلُ عنه إلَّا عِنْدَ اسْتِحْكَامِ التَّسْمِيَةِ فإذا وَفَّى بِالْمَنْفَعَةِ فَقَدْ تَقَرَّرَتْ التَّسْمِيَةُ فَوَجَبَ الْمُسَمَّى وإذا لم يَفِ بها لم تَتَقَرَّرْ لِأَنَّهَا ما رَضِيَتْ بِالْمُسَمَّى من الْمَالِ عِوَضًا بِنَفْسِهِ بَلْ بِمَنْفَعَةٍ أُخْرَى مَضْمُومَةٍ إلَيْهِ وَهِيَ مَنْفَعَةٌ أُخْرَى مَرْغُوبٌ فيها خِلَالَ الِاسْتِيفَاءِ شَرْعًا فإذا لم يُسَلِّمْ لها تَتَقَرَّرُ التَّسْمِيَةُ فَبَقِيَ حَقُّهَا في الْعِوَضِ الْأَصْلِيِّ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ فَإِنْ كان أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا أو أَكْثَرَ فَلَيْسَ لها إلَّا ذلك لِأَنَّهُ وَصَلَ إلَيْهَا قَدْرُ حَقِّهَا وَإِنْ كان أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا يُكَمَّلُ لها مَهْرُ مِثْلِهَا أَيْضًا لَا إلَى الْحَقِّ الْمُسْتَحَقِّ فَرَّقَ

(2/280)

بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا تَزَوَّجَهَا على مَهْرٍ صَحِيحٍ وَأَرْطَالٍ من خَمْرٍ أَنَّ الْمَهْرَ ما يُسَمَّى لها إذَا كان عَشَرَةً فَصَاعِدًا وَيَبْطُلُ الْحَرَامُ وَلَيْسَ لها تَمَامُ مَهْرِ مِثْلِهَا أو أَكْثَرُ فَلَيْسَ لها إلَّا ذلك لِأَنَّهُ وَصَلَ إلَيْهَا قَدْرُ حَقِّهَا وَإِنْ كان أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا يُكَمَّلُ لها مَهْرُ مِثْلِهَا أَيْضًا لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْخَمْرِ لم تَصِحَّ في حَقِّ الِانْتِفَاعِ بها في حَقِّ الْمُسْلِمِ إذْ لَا مَنْفَعَةَ لِلْمُسْلِمِ فيها لِحُرْمَةِ الِانْتِفَاعِ بها في حَقِّ الْمُسْلِمِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجِبَ بِفَوَاتِهَا عِوَضٌ فَالْتَحَقَتْ تَسْمِيَتُهَا بِالْعَدَمِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لم يُسَمِّ إلَّا الْمَهْرَ الصَّحِيحَ فَلَا يَجِبُ لها إلَّا الْمَهْرُ الصَّحِيحُ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَعْتَقَ أَمَتَهُ على أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا منه فَقَبِلَتْ عَتَقَتْ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهَا بِعِوَضٍ فنزول (((فيزول))) مِلْكُهُ بِقَبُولِ الْعِوَضِ كما لو بَاعَهَا وَكَمَا إذَا قال لها أَنْتِ حُرَّةٌ على أَلْفِ دِرْهَمٍ بِخِلَافِ ما إذَا قال لِعَبْدِهِ إنْ أَدَّيْت إلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِالْقَبُولِ ما لم يُؤَدِّ لِأَنَّ ذلك ليس بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هو تَعْلِيقٌ وهو تَعْلِيقُ الْحُرِّيَّةِ بِشَرْطِ الْأَدَاءِ إلَيْهِ ولم يُوجَدْ الشَّرْطُ
ثُمَّ إذَا أُعْتِقَتْ بِالْقَبُولِ فَبَعْدَ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أن زَوَّجَتْ نَفْسَهَا منه وَإِمَّا أن أَبَتْ التَّزْوِيجَ فَإِنْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا منه يُنْظَرُ إنْ كان قد سَمَّى لها مَهْرًا آخَرَ وهو مَالٌ سِوَى الْإِعْتَاقِ فَلَهَا الْمُسَمَّى إذَا كان عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا
وَإِنْ كان دُونَ الْعَشَرَةِ تُكَمَّلُ عَشَرَةً وَإِنْ لم يُسَمِّ لها سِوَى الْإِعْتَاقِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ صَدَاقُهَا إعْتَاقُهَا ليس لها غَيْرُ ذلك
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْعِتْقَ بِمَعْنَى الْمَالِ وَبِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه بِأَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ على مَالٍ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا وَلَهُمَا أَنَّ الْعِتْقَ ليس بِمَالٍ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إبْطَالُ الْمَالِيَّةِ فَكَيْفَ يَكُونُ الْعِتْقُ مَالًا إلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ عِوَضٍ هو مَالٌ عنه وَهَذَا لَا يَدُلُّ على كَوْنِهِ مَالًا بِنَفْسِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّلَاقَ ليس بِمَالٍ وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه وَكَذَا الْقِصَاصُ وَأَخْذُ الْبَدَلِ عنه جَائِزٌ وَنَفْسُ الْحُرِّ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَإِنْ أَبَتْ أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا منه لَا تُجْبَرُ على ذلك لِأَنَّهَا حُرَّةٌ مَلَكَتْ نَفْسَهَا فَلَا تُجْبَرُ على النِّكَاحِ لَكِنَّهَا تَسْعَى في قِيمَتِهَا لِلْمَوْلَى عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لَا سِعَايَةَ عليها
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ السِّعَايَةَ إنَّمَا تَجِبُ لتخلص (((لتخليص))) الرَّقَبَةِ وَهَذِهِ حُرَّةٌ خَالِصَةٌ فَلَا تَلْزَمُهَا السِّعَايَةُ
وَلَنَا أَنَّ الْمَوْلَى ما رضي بِزَوَالِ مِلْكِهِ عن رَقَبَتِهَا لَا بِنَفْعٍ يُقَابِلُهُ وهو تَزْوِيجُ نَفْسِهَا منه وَهَذِهِ مَنْفَعَةٌ مَرْغُوبٌ فيها وقد تَعَذَّرَ عليه اسْتِيفَاءُ هذه الْمَنْفَعَةِ

بِمَعْنًى مِن جِهَتِهَا وهو إبَاؤُهَا فَيُقَامُ بَدَلُ قِيمَتِهَا مَقَامَهَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه
وَأَمَّا قَوْلُهُ السِّعَايَةُ إنَّمَا تَجِبُ لِفِكَاكِ الرَّقَبَةِ وَتَخْلِيصِهَا وَهِيَ حُرَّةٌ خَالِصَةٌ فَنَقُولُ السِّعَايَةُ قد تَكُونُ لِتَخْلِيصِ الرَّقَبَةِ وَهَذَا الْمُسْتَسْعَى يَكُونُ في حُكْمِ الْمُكَاتَبِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وقد تَكُونُ لِحَقٍّ في الرَّقَبَةِ لَا لِفِكَاكِ الرَّقَبَةِ كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إذَا أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ وهو مُعْسِرٌ كما إذَا قال لِعَبْدِهِ أنت حُرٌّ على قِيمَةِ رَقَبَتِك فَقَبِلَ حتى عَتَقَ كَذَا هذا
وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على عِتْقِ أَبِيهَا أو ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها أو على عِتْقِ عَبْدٍ أَجْنَبِيٍّ عنها فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ ذَكَرَ فيه كَلِمَةً عنها بِأَنْ قال أَتَزَوَّجُك على عِتْقِ أَبِيك عَنْك أو على عِتْقِ هذا الْعَبْدِ عَنْك وَأَشَارَ إلَى عَبْدٍ أَجْنَبِيٍّ عنها وأما أَنْ يذكر فَإِنْ لم يذكر وَقَبِلَتْ عَتَقَ البعد (((العبد))) وَالْوَلَاءُ لِلزَّوْجِ لَا لها لِأَنَّ الْمُعْتِقَ هو الزَّوْجُ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ على لِسَانِ رسول اللَّهِ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إنْ لم يَكُنْ سَمَّى لها مَهْرًا آخَرَ هو مَالٌ وَإِنْ كان قد سَمَّى فَلَهَا الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِقَبُولِهَا النِّكَاحَ فإذا قَبِلَتْ عَتَقَ وَالْعَبْدُ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ فَإِنْ كان هُنَاكَ مَالٌ مُسَمًّى وَجَبَ ذلك لِأَنَّهُ صَحَّتْ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا فَوَجَبَ الْمُسَمَّى وَإِنْ لم يَكُنْ فَتَسْمِيَتُهُ الْعِتْقَ مَهْرًا لم يَصِحَّ لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ
هذا إذَا لم يذكر عنها فَأَمَّا إذَا ذُكِرَتْ فَقَبِلَتْ عَتَقَ الْعَبْدُ عنها وَثَبَتَ الْوَلَاءُ لها وَصَارَ ذلك مَهْرًا لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الْعِتْقَ عنها وَلَا يَكُونُ الْعِتْقُ عنها إلَّا بَعْدَ سَبْقِ الْمِلْكِ لها فَمَلَكَتْهُ أَوَّلًا ثُمَّ عَتَقَ عنها كَمَنْ قال لِآخَرَ أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي عن كَفَّارَةِ يَمِينِي على أَلْفِ دِرْهَمٍ يَجُوزُ وَيَقَعُ الْعِتْقُ عن الآمر (((الآخر))) وَحَالَ ما مَلَكَتْهُ كان مَالًا فَصَلَحَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا
وَهَذَا إذَا تَزَوَّجَهَا على الْعِتْقِ فَأَمَّا إذَا تَزَوَّجَهَا على الْإِعْتَاقِ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على أَنْ يُعْتِقَ هذا الْعَبْدَ فَهَذَا أَيْضًا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ ذَكَرَ فيه عنها وَإِمَّا أَنْ لم يذكر فَإِنْ لم يذكر فَقَبِلَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَلَا يَعْتِقُ الْعَبْدُ هَهُنَا بِقَبُولِهَا لِأَنَّهُ وَعَدَ أَنْ يُعْتِقَ وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِوَعْدٍ

الْإِعْتَاقِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْإِعْتَاقِ فما لم يُعْتِقْ لَا يَعْتِقْ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الزَّوَاجَ هُنَاكَ كان على الْعِتْقِ لَا على الْإِعْتَاقِ ثُمَّ إذَا أَعْتَقَهُ فَعَتَقَ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ ذَكَرَ كَلِمَةً عنها أو لم يذكر فَإِنْ كان لم يذكر ثَبَتَ الْوَلَاءُ منه لَا منها لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ منه لَا منها وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إنْ لم يَكُنْ هُنَاكَ مَهْرٌ آخَرُ مُسَمًّى وهو مَالٌ وَإِنْ كان فَلَهَا ذلك الْمُسَمَّى لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ ليس بِمَالٍ بَلْ هو إبْطَالُ الْمَالِيَّةِ سَوَاءٌ كان الْعَبْدُ أَجْنَبِيًّا أو ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها وَإِنْ ذَكَرَ كَلِمَةً عنها ثَبَتَ الْوَلَاءُ منها لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ منها لِأَنَّهُ أَعْتَقَ عنها وَيَصِيرُ الْعَبْدُ مِلْكًا لها بِمُقْتَضَى الْإِعْتَاقِ
ثُمَّ إنْ كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها عَتَقَ عليها كما مَلَكَتْهُ فَتَمْلِكُهُ فَيَعْتِقُ عليها وَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا يَصِيرُ الزَّوْجُ وَكِيلًا عنها في الْإِعْتَاقِ وَمِنْهَا إذَا أَعْتَقَ كما وَعَدَ فَإِنْ أَبَى لَا يُجْبَرُ على ذلك لِأَنَّهُ حُرٌّ مَالِكٌ إلَّا أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ ثَمَّةَ مُسَمًّى هو مَالٌ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ تَسْمِيَةَ الْإِعْتَاقِ مَهْرًا لم يَصِحَّ ولم يُوجَدْ تَسْمِيَةُ شَيْءٍ آخَرَ هو مَالٌ فَتَعَيَّنَ مَهْرُ الْمِثْلِ مُوجَبًا وَإِنْ كان قد سَمَّى لها شيئا

آخَرَ هو مَالٌ فَإِنْ كان الْمُسَمَّى مِثْلَ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَكْثَرَ فَلَهَا ذلك الْمُسَمَّى لِأَنَّ الزَّوْجَ رضي بِالزِّيَادَةِ وَإِنْ كان أَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا فَإِنْ كان الْعَبْدُ أَجْنَبِيًّا فَلَهَا ذلك الْمُسَمَّى لَا غير لِأَنَّهُ شَرَطَ لها شَرْطًا لَا مَنْفَعَةَ لها فيه فَلَا يَكُونُ غَارًّا لها بِتَرْكِ الْوَفَاءِ بِمَا شَرَطَ لها وَإِنْ كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها يَبْلُغُ بِهِ تَمَامَ مَهْرِ مِثْلِهَا لِأَنَّهَا إنَّمَا رَضِيَتْ بِدُونِ مَهْرِ مِثْلِهَا بِمَا شَرَطَ ولم تَكُنْ رَاضِيَةً فَصَارَ غَارًّا لها وَهَذَا إذَا لم يَقُلْ عنها فَأَمَّا إذَا قال ذلك بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على أَنْ يُعْتِقَ هذا الْعَبْدَ عنها فَقَبِلَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَصَارَ الْعَبْدُ مِلْكًا ثُمَّ إنْ كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها عَتَقَ عليها لِأَنَّهَا مَلَكَتْ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها وكان ذلك مَهْرًا لها لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ ثُمَّ يَعْتِقُ عليها وَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا يَكُونُ الزَّوْجُ وَكِيلًا عنها بِالْإِعْتَاقِ فَإِنْ أَعْتَقَ قبل الْعَزْلِ فَقَدْ وَقَعَ الْعِتْقُ عنها وَإِنْ عَزَلَتْهُ في ذلك صَحَّ الْعَزْلُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مَجْهُولًا جَهَالَةً تَزِيدُ على جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَهْرَ في الْأَصْلِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا مُشَارًا إلَيْهِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُسَمًّى غير مُعَيَّنٍ مُشَارًا إلَيْهِ فَإِنْ كان مُعَيَّنًا مُشَارًا إلَيْهِ صَحَّتْ تَسْمِيَتُهُ سَوَاءٌ كان مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ من الْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ وَالْحَيَوَانِ وَسَائِرِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ أو كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالدَّرَاهِمِ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا جَهَالَةَ فيه إلَّا أَنَّهُ كان مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ليس لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ وَيَدْفَعَ غَيْرَهَا من غَيْرِ رِضَا الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْمُشَارَ إلَيْهِ قد تَعَيَّنَ لِلْعَقْدِ فَتَعَلَّقَ حَقُّهَا بِالْعَيْنِ فَوَجَبَ عليه تَسْلِيمُ عَيْنِهِ

وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ له أَنْ يَحْبِسَهُ وَيَدْفَعَ مِثله جِنْسًا وَنَوْعًا وَقَدْرًا وَصِفَةً لِأَنَّ التَّعْيِينَ إذَا لم يَصِحَّ صَارَ مَجَازًا عِوَضًا من الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ وَإِنْ كان تِبْرًا مَجْهُولًا أو نُقْرَةَ ذَهَبًا وَفِضَّةً يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ عَيْنِهِ في رِوَايَةٍ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَالْعُرُوضِ وَلَا يُجْبَرُ في رِوَايَةٍ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَالْمَضْرُوبِ وَإِنْ كان الْمُسَمَّى غير عَيْنٍ فَالْمُسَمَّى لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ فَإِنْ كان مَجْهُولًا كَالْحَيَوَانِ وَالدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ وَالدَّارِ بِأَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على حَيَوَانٍ أو دَابَّةٍ أو ثَوْبٍ أو دَارٍ ولم يُعَيِّنْ لم تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ وَلِلْمَرْأَةِ مَهْرُ مِثْلِهَا بَالِغًا ما بَلَغَ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْجِنْسِ مُتَفَاحِشَةٌ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ اسْمُ جِنْسٍ تَحْتَهُ أَنْوَاعٌ مُخْتَلِفَةٌ وَتَحْتَ كل نَوْعٍ أَشْخَاصٌ مُخْتَلِفَةٌ

وَكَذَا الدَّابَّةُ وَكَذَا الثَّوْبُ لِأَنَّ اسْمَ الثَّوْبِ يَقَعُ على ثَوْبِ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ وَالْحَرِيرِ وَالْخَزِّ وَالْبَزِّ وَتَحْتَ كل وَاحِدٍ من ذلك أَنْوَاعٌ كَثِيرَةٌ مُخْتَلِفَةٌ وَكَذَا الدَّارُ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ وَالْهَيْئَةِ وَالتَّقْطِيعِ وَتَخْتَلِفُ قِيمَتُهَا بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ وَالْمَحَالِّ وَالسِّكَكِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا فَتَفَاحَشَتْ الْجَهَالَةُ فَالْتَحَقَتْ بِجَهَالَةِ الْجِنْسِ وَالْأَصْلُ أَنَّ جَهَالَةَ الْعِوَضِ تَمْنَعُ صِحَّةَ تَسْمِيَتِهِ كما في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لِكَوْنِهَا مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ إلَّا أَنَّهُ يُتَحَمَّلُ ضَرْبٌ من الْجَهَالَةِ في الْمَهْرِ بِالْإِجْمَاعِ فإن مَهْرَ الْمِثْلِ قد يَجِبُ في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ

وَمَعْلُومٌ أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ مَجْهُولٌ ضَرْبًا من الْجَهَالَةِ فَكُلُّ جَهَالَةٍ في الْمُسَمَّى مَهْرًا مِثْلُ جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَقَلُّ من ذلك يَتَحَمَّلُ وَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ

اسْتِدْلَالًا بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَكُلُّ جَهَالَةٍ تَزِيدُ على جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ يَبْقَى الْأَمْرُ فيها على الْأَصْلِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ كما في سَائِرِ الْأَعْوَاضِ

إذَا ثَبَتَ هذا فَنَقُولُ لَا شَكَّ إن جَهَالَةَ الْحَيَوَانِ وَالدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ وَالدَّارِ أَكْثَرُ من جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ لِأَنَّ بَعْدَ اعْتِبَارِ تَسَاوِي الْمَرْأَتَيْنِ في الْمَالِ وَالْجَمَالِ وَالسِّنِّ وَالْعَقْلِ وَالدِّينِ وَالْبَلَدِ وَالْعِفَّةِ يَقِلُّ التَّفَاوُتُ بَيْنَهُمَا فَتَقِلُّ الْجَهَالَةُ فَأَمَّا جَهَالَةُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ فَجَهَالَةٌ مُتَفَاحِشَةٌ فَكَانَتْ أَكْثَرَ جَهَالَةً من مَهْرِ الْمِثْلِ فَتَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ وَإِنْ كان الْمُسَمَّى مَعْلُومَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ مَجْهُولَ الصِّفَةِ وَالْقَدْرِ كما إذَا تَزَوَّجَهَا على عَبْدٍ أو أَمَةٍ أو فَرَسٍ أو جَمَلٍ أو حِمَارٍ أو ثَوْبٍ مَرْوِيٍّ أو هَرَوِيٍّ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الْوَسَطُ من ذلك وَلِلزَّوْجِ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَعْطَاهَا الْوَسَطَ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ وَهَذَا عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُسَمَّى مَجْهُولُ الْوَصْفِ فَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ كما في الْبَيْعِ وَهَذَا لِأَنَّ جَهَالَةَ الْوَصْفِ تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الْجِنْسِ ثُمَّ جَهَالَةُ الْجِنْسِ تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ فَكَذَا جَهَالَةُ الْوَصْفِ

وَلَنَا أَنَّ النِّكَاحَ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِمَا ليس بِمَالٍ وَالْحَيَوَانُ الذي هو مَعْلُومُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ مَجْهُولُ الصِّفَةِ يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ دَيْنًا في الذِّمَّةِ بَدَلًا عَمَّا ليس بِمَالٍ كما في الدِّيَةِ قال النبي في النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةٌ من الْإِبِلِ وَالْبُضْعُ ليس بِمَالٍ فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الْحَيَوَانُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ بَدَلًا عنه وَلِأَنَّ جَهَالَةَ الْوَسَطِ من هذه الْأَصْنَافِ مِثْلُ جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَقَلُّ فَتِلْكَ الْجَهَالَةُ لَمَّا لم تَمْنَعْ صِحَّةَ تَسْمِيَةِ الْبَدَلِ فَكَذَا هذه إلَّا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ ثَمَنًا في الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَحْتَمِلُ جَهَالَةَ الْبَدَلِ أَصْلًا قَلَّتْ أو كَثُرَتْ وَالنِّكَاحُ يَحْتَمِلُ الْجَهَالَةَ الْيَسِيرَةَ مِثْلَ جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ مَبْنَى الْبَيْعِ على الْمُضَايَقَةِ وَالْمُمَاكَسَةِ فَالْجَهَالَةُ فيه وَإِنْ قَلَّتْ تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَمَبْنَى النِّكَاحِ على الْمُسَامَحَةِ وَالْمُرُوءَةِ فَجَهَالَةُ مَهْرِ الْمِثْلِ فيه لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَأَمَّا وُجُوبُ الْوَسَطِ فَلِأَنَّ الْوَسَطَ هو الْعَدْلُ لِمَا فيه من مُرَاعَاةِ الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَتَضَرَّرُ بِإِيجَابِ الْجَيِّدِ وَالْمَرْأَةُ تَتَضَرَّرُ بِإِيجَابِ الرَّدِيءِ فَكَانَ الْعَدْلُ في إيجَابِ الْوَسَطِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ النبي خَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا

وَالْأَصْلُ في اعْتِبَارِ الْوَسَطِ في هذا الْبَابِ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دخل بها فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِ نِسَائِهَا لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ وَكَذَلِكَ قال عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه في الْمُفَوِّضَةِ أَرَى لها مَهْرَ مِثْلِ نِسَائِهَا لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ وَالْمَعْنَى ما ذَكَرْنَا

وَأَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ بين الْوَسَطِ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ فَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبُوتًا مُطْلَقًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لايثبت دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مُعَاوَضَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ وَلَا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في ضَمَانِ الْإِتْلَافِ حتى لَا يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ في الِاسْتِهْلَاكِ بَلْ بِالْقِيمَةِ فَمِنْ حَيْثُ أنه يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في الْجُمْلَةِ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْوَسَطِ منه وَمِنْ حَيْثُ أنه لَا يَثْبُتُ ثُبُوتًا مُطْلَقًا قُلْنَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بين تَسْلِيمِهِ وَبَيْنَ تَسْلِيمِ قِيمَتِهِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ جميعا وَلِأَنَّ الْوَسَطَ لَا يُعْرَفُ إلَّا بِوَاسِطَةِ الْقِيمَةِ فَكَانَتْ الْقِيمَةُ أَصْلًا في الِاسْتِحْقَاقِ فَكَانَتْ أَصْلًا في التَّسْلِيمِ

وَأَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ لِلزَّوْجِ لَا لِلْمَرْأَةِ فَلِأَنَّهُ الْمُسْتَحَقُّ عليه فَكَانَ الْخِيَارُ له وَكَذَلِكَ إنْ تَزَوَّجَهَا على بَيْتٍ وَخَادِمٍ فَلَهَا بَيْتٌ وَسَطٌ مِمَّا يُجَهَّزُ بِهِ النِّسَاءُ وهو بَيْتُ الثوب (((النوب))) لَا الْمَبْنِيُّ فَيَنْصَرِفُ إلَى فُرُشِ الْبَيْتِ في أَهْلِ الْأَمْصَارِ وفي أَهْلِ الْبَادِيَةِ إلَى بَيْتِ الشَّعْرِ وَلَهَا خَادِمٌ وَسَطٌ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ من هذه الْأَصْنَافِ يَنْصَرِفُ إلَى الْوَسَطِ لِأَنَّ الْوَسَطَ منها مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ وَجَهَالَتُهُ مِثْلُ جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَقَلُّ فَلَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ كما لو نَصَّ على الْوَسَطِ وَلَوْ

وَصَفَ شيئا من ذلك بِأَنْ قال جَيِّدٌ أو وَسَطٌ أو رَدِيءٌ فَلَهَا الْمَوْصُوفُ وَلَوْ جاء بِالْقِيمَةِ تُجْبَرُ على الْقَبُولِ لِأَنَّ الْقِيمَةَ هِيَ الْأَصْلُ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُعْرَفُ الْجَيِّدُ وَالْوَسَطُ وَالرَّدِيءُ إلَّا بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ فَكَانَتْ الْقِيمَةُ هِيَ الْمُعَرِّفَةُ بِهَذِهِ الصِّفَاتِ فَكَانَتْ أَصْلًا في الْوُجُوبِ فَكَانَتْ أَصْلًا في التَّسْلِيمِ فإذا جاء بها تُجْبَرُ على قَبُولِهَا
وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على وَصِيفٍ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الْوَسَطُ من ذلك وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على وَصِيفٍ أَبْيَضَ لَا شَكَّ أَنَّهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّهَا تَصِحُّ بِدُونِ الْوَصْفِ فإذا وَصَفَ أَوْلَى وَلَهَا الْوَصِيفُ الْجَيِّدُ لِأَنَّ الْأَبْيَضَ عِنْدَهُمْ اسْمٌ لِلْجَيِّدِ ثُمَّ الْجَيِّدُ عِنْدَهُمْ هو الرُّومِيُّ وَالْوَسَطُ السِّنْدِيُّ والردىء (((والرديء))) الْهِنْدِيُّ وَأَمَّا عِنْدَنَا فَالْجَيِّدُ هو التُّرْكِيُّ وَالْوَسَطُ

الرُّومِيّ وَالرَّدِيءُ الْهِنْدِيُّ وقد قال أبو حَنِيفَةَ قِيمَةُ الْخَادِمِ الْجَيِّدِ خَمْسُونَ دِينَارًا وَقِيمَةُ الْوَسَطِ أَرْبَعُونَ وَقِيمَةُ الرَّدِيءِ ثَلَاثُونَ وَقِيمَةُ الْبَيْتِ الْوَسَطِ أَرْبَعُونَ دِينَارًا
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ إنْ زَادَ السِّعْرُ أو نَقَصَ فَبِحَسَبِ الْغَلَاءِ وَالرُّخْصِ وَهَذَا ليس بِاخْتِلَافٍ في الْحَقِيقَةِ فَفِي زَمَنِ أبي حَنِيفَةَ كانت الْقِيَمُ مُسَعَّرَةً وفي زَمَانِهِمَا تَغَيَّرَتْ الْقِيمَةُ فَأَجَابَ كُلٌّ على عُرْفِ زَمَانِهِ وَالْمُعْتَبَرِ في ذِكْرِ الْقِيمَةِ بِلَا خِلَافٍ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على بَيْتٍ وَخَادِمٍ حتى وَجَبَ الْوَسَطُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ صَالَحَتْ من ذلك زَوْجَهَا على أَقَلَّ من قِيمَةِ الْوَسَطِ سِتِّينَ دِينَارًا أو سَبْعِينَ دِينَارًا جَازَ الصُّلْحُ لِأَنَّهَا بهذا الصُّلْحِ أَسْقَطَتْ بَعْضَ حَقِّهَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِمَا ثَمَانُونَ فإذا صَالَحَتْ على أَقَلَّ من ذلك فَقَدْ أَسْقَطَتْ الْبَعْضَ وَمَنْ له الْحَقُّ إذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ وَاسْتَوْفَى الْبَاقِيَ جَازَ وَيَجُوزُ ذلك بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ على عَيْنِ الْحَقِّ بِإِسْقَاطِ الْبَعْضِ فَكَانَ الْبَاقِي عَيْنَ الْوَاجِبِ فَجَازَ فيه التَّأْجِيلُ فَإِنْ صَالَحَتْ على مِائَةِ دِينَارٍ فَالْفَضْلُ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْمُسَمَّى إذَا لم يَكُنْ مُسَعَّرًا فَالْقِيمَةُ وَاجِبَةٌ بِالْعَقْدِ وَمَنْ وَجَبَ له حَقٌّ فَصَالَحَ على أَكْثَرَ من حَقِّهِ لم يَجُزْ وَإِنْ كان المسم (((المسمى))) مَعْلُومَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ كما إذَا تَزَوَّجَهَا على مَكِيلٍ مَوْصُوفٍ أو مَوْزُونٍ مَوْصُوفٍ سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّ المسم (((المسمى))) مَالٌ مَعْلُومٌ لَا جَهَالَةَ فيه بِوَجْهٍ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ ثَبَتَ دَيْنًا في الذِّمَّةِ ثُبُوتًا مُطْلَقًا فإنه يَجُوزُ الْبَيْعُ بِهِ وَالسَّلَمُ فيه وَيُضْمَنُ بِالْمِثْلِ فَيُجْبَرُ الزَّوْجُ على دَفْعِهِ وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ عِوَضِهِ إلَّا بِرِضَا الْمَرْأَةِ وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ ولم يَصِفْ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْلُومُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ فَتَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ فَإِنْ شَاءَ الزَّوْجُ أَعْطَاهَا الْوَسَطَ من ذلك وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في جَامِعِهِ وَذَكَرَ الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ الْوَسَطِ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الْقِيمَةَ أَصْلٌ في إيجَابِ الْوَسَطِ لِأَنَّ بها يُعْرَفُ كَوْنُهُ وَسَطًا فَكَانَ أَصْلًا في التَّسْلِيمِ كما في الْعَبْدِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّ الشَّرْعَ لَمَّا أَوْجَبَ الْوَسَطَ فَقَدْ تَعَيَّنَ الْوَسَطُ بِتَعْيِينِ الشَّرْعِ فَصَارَ كما لو عَيَّنَهُ بِالتَّسْمِيَةِ وَلَوْ سَمَّى الْوَسَطَ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهِ كَذَا

هذا بِخِلَافِ الْعَبْدِ فإن هُنَاكَ لو سَمَّى الْوَسَطَ وَنَصَّ عليه لَا يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهِ فَكَذَا إذَا أَوْجَبَهُ الشَّرْعُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا الثِّيَابُ فَقَدْ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَهَا على ثِيَابٍ مَوْصُوفَةٍ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ قِيمَتَهَا ولم يَفْصِلْ بين ما إذَا سَمَّى لها أَجَلًا أو لم يُسَمِّ وقال أبو يُوسُفَ أن أَجَّلَهَا يُجْبَرُ على دَفْعِهَا وَإِنْ لم يُؤَجِّلْهَا فَلَهَا الْقِيمَةُ وروى عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهَا من غَيْرِ هذا التَّفْصِيلِ وهو قَوْلُ زُفَرَ

وَجْهُ ما ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الثِّيَابَ لَا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبُوتًا مُطْلَقًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ أَلَا تَرَى أنها مَضْمُونَةٌ بِالْقِيمَةِ لَا بِالْمِثْلِ في ضَمَانِ الْعُدْوَانِ وَلَا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ بِنَفْسِهَا في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ بَلْ بِوَاسِطَةِ الْأَجَلِ فَكَانَتْ كَالْعَبِيدِ وَهُنَاكَ لَا يُجْبَرُ على دَفْعِ الْعَبْدِ وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ الْقِيمَةَ كَذَا هَهُنَا

وأبو يُوسُفَ يقول إذَا أَجَّلَهَا فَقَدْ صَارَتْ بِحَيْثُ تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبُوتًا مُطْلَقًا أَلَا تَرَى أنها تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في السَّلَمِ فَيُجْبَرُ على الدَّفْعِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَدَلَ في الْبَيْعِ لَا يَحْتَمِلُ الْجَهَالَةَ رَأْسًا وَالْمَهْرُ في النِّكَاحِ يَحْتَمِلُ ضَرْبًا من الْجَهَالَةِ فلما ثَبَتَتْ في الذِّمَّةِ في الْبَيْعِ فَلَأَنْ تَثْبُتَ في النِّكَاحِ أَوْلَى

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ امْتِنَاعَ ثُبُوتِهَا في الذِّمَّةِ لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ فإذا وُصِفَتْ فَقَدْ زَالَتْ الْجَهَالَةُ فَيَصِحُّ ثُبُوتُهَا في الذِّمَّةِ مَهْرًا في النِّكَاحِ وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها إلَّا مُؤَجَّلًا لِأَنَّ الْعِلْمَ بها يَقِفُ على التَّأْجِيلِ بَلْ لِأَنَّ السَّلَمَ لم يُشْرَعْ إلَّا مُؤَجَّلًا وَالْأَجَلُ ليس بِشَرْطٍ في الْمَهْرِ فَكَانَ ثُبُوتُهَا في الْمَهْرِ غير مُؤَجَّلَةٍ كَثُبُوتِهَا في السَّلَمِ مُؤَجَّلَةً فَيُجْبَرُ على تَسْلِيمِهَا

وَلَوْ قال تَزَوَّجْتُكِ على هذا الْعَبْدِ أو على أَلْفٍ على أَلْفَيْنِ فَالتَّسْمِيَةُ فَاسِدَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَيُحَكَّمُ مَهْرُ مِثْلِهَا فَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا مِثْلَ الْأَدْوَنِ أو أَقَلَّ فَلَهَا الْأَدْوَنُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الزَّوْجُ بِالْأَرْفَعِ وأن كان مَهْرُ مِثْلِهَا مِثْلَ الْأَرْفَعِ فَلَهَا الْأَرْفَعُ إلَّا أَنْ تَرْضَى الْمَرْأَةُ بِالْأَدْوَنِ وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا فَوْقَ الْأَدْوَن أو أَقَلَّ من الْأَرْفَع فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ التَّسْمِيَةُ صَحِيحَةٌ وَلَهَا الْأَدْوَنُ على كل حَالٍ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَصِيرَ إلَى مَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إيجَابِ الْمُسَمَّى وَلَا تَعَذُّرَ هَهُنَا لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إيجَابُ الْأَقَلِّ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا وفي الزِّيَادَةِ شَكٌّ فَيَجِبُ

الْمُتَيَقَّنُ بِهِ وَصَارَ كما إذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ على أَلْفٍ أو أَلْفَيْنِ أو خَالَعَ امْرَأَتَهُ على أَلْفٍ أو أَلْفَيْنِ أَنَّهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَتَجِبُ الْأَلْفُ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ جَعَلَ الْمَهْرَ أَحَدَ الْمَذْكُورَيْنِ غير عَيْنٍ لِأَنَّ كَلِمَة أو تَتَنَاوَلُ أَحَدَ الْمَذْكُورَيْنِ غير عَيْنٍ وَأَحَدُهُمَا غَيْرُ عَيْنٍ مَجْهُولٌ فَكَانَ الْمُسَمَّى مَجْهُولًا وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ أَكْثَرُ من جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ

أَلَا تَرَى أَنَّ كَلِمَةَ أو تَدْخُلُ بين أَقَلِّ الْأَشْيَاءِ وَأَكْثَرِهَا فَتَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ فَيُحَكَّمُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ الْمُوجَبُ الْأَصْلِيُّ في هذا الْبَابِ فَلَا يُعْدَلُ عنه إلَّا عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَلَا صِحَّةَ إلَّا بِتَعْيِينِ الْمُسَمَّى ولم يُوجَدْ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ عن الْأَدْوَن لِأَنَّ الزَّوْجَ رضي بِذَلِكَ الْقَدْرِ وَلَا يُزَادُ على الْأَرْفَعِ لِرِضَا الْمَرْأَةِ بِذَلِكَ الْقَدْرِ وَلَا يَلْزَمُ على هذا ما إذَا تَزَوَّجَهَا على هذا الْعَبْدِ أو على هذا

الْعَبْدِ أَنَّ الزَّوْجَ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَدْفَعَ أَيُّهُمَا شَاءَ أو على أَنَّ الْمَرْأَةَ بِالْخِيَارِ في ذلك تَأْخُذُ أَيُّهُمَا شَاءَتْ أَنَّهُ تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ وَإِنْ كان الْمُسَمَّى مَجْهُولًا لِأَنَّ تِلْكَ الْجَهَالَةَ يُمْكِنُ رَفْعُهَا

أَلَا تَرَى أنها تَرْتَفِعُ بِاخْتِيَارِ من له الْخِيَارُ فَقَلَّتْ الْجَهَالَةُ فَكَانَتْ كَجَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو أَقَلَّ من ذلك فَلَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ هَهُنَا لَا سَبِيلَ إلَى إزَالَةِ هذه الْجَهَالَةِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ فيه خِيَارٌ كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَخْتَارَ غير ما يَخْتَارُهُ صَاحِبُهُ فَفَحُشَتْ الْجَهَالَةُ فَمَنَعَتْ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ بِخِلَافِ الأعتاق وَالْخُلْعِ لِأَنَّهُ ليس لَهُمَا مُوجِبٌ أَصْلِيٌّ يُصَارُ إلَيْهِ عِنْدَ وُقُوعِ الشَّكِّ في الْمُسَمَّى فَوَجَبَ الْمُتَيَقَّنُ من الْمُسَمَّى لِأَنَّ إيجَابَهُ أَوْلَى من الْإِيقَاعِ مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ أَصْلًا لِعَدَمِ رِضَا الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ بِذَلِكَ وَفِيمَا نَحْنُ فيه له مُوجِبٌ أَصْلِيٌّ فَلَا يُعْدَلُ عنه إلَّا عِنْدَ تَعَيُّنِ الْمُسَمَّى وَلَا تَعَيُّنَ مع الشَّكِّ بِإِدْخَالِ كَلِمَةِ الشَّكِّ فَالْتَحَقَتْ التَّسْمِيَةُ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ الْمُوجِبُ الْأَصْلِيُّ وَاجِبَ الْمَصِيرِ إلَيْهِ

وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على أَلْفٍ إنْ لم يَكُنْ له امْرَأَةٌ وَعَلَى أَلْفَيْنِ إنْ كانت له امْرَأَةٌ أو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ إنْ لم يُخْرِجْهَا من بَلَدِهَا وَعَلَى أَلْفَيْنِ إنْ أَخْرَجَهَا من بَلَدِهَا أو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ إنْ كانت مَوْلَاةً وَعَلَى أَلْفَيْنِ إنْ كانت عَرَبِيَّةً وما أَشْبَهَ ذلك فَلَا شَكَّ أَنَّ النِّكَاحَ جَائِزٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْمُؤَبَّدَ الذي لَا تَوْقِيتَ فيه لَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ لِمَا قُلْنَا أن الشُّرُوطَ لو أَثَّرَتْ لَأَثَّرَتْ في الْمَهْرِ بِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ وَفَسَادُ التَّسْمِيَةِ لَا يَكُونُ فَوْقَ الْعَدَمِ ثُمَّ عَدَمُ التَّسْمِيَةِ رَأْسًا لَا يُوجِبُ فَسَادَ النِّكَاحِ فَفَسَادُهَا أَوْلَى

وَأَمَّا الْمَهْرُ فَالشَّرْطُ الْأَوَّلُ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ فَإِنْ وَقَعَ الْوَفَاءُ بِهِ فَلَهَا ما سَمَّى على ذلك الشَّرْطِ وَإِنْ لم يَقَعْ الْوَفَاءُ بِهِ فَإِنْ كان على خِلَافِ ذلك أو فَعَلَ خِلَافَ ما شَرَطَ لها فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يُنْقَصُ من الْأَصْلِ وَلَا يُزَادُ على الْأَكْثَرِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ

وقالأبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ وقال زُفَرُ الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ مَسْأَلَةٍ مَشْهُورَةٍ في الْإِجَارَاتِ وهو أَنْ يَدْفَعَ رَجُلٌ ثَوْبًا إلَى الْخَيَّاطِ فيقول إنْ خَيَّطْتَهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ وَإِنْ خَيَّطْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الشَّرْطَيْنِ يُخَالِفُ الْآخَرَ فَأَوْجَبَ ذلك جَهَالَةَ التَّسْمِيَةِ فَتَصِحُّ التَّسْمِيَتَانِ كما إذَا قال لِلْخَيَّاطِ إنْ خَيَّطْتَهُ رُومِيًّا فَبِدِرْهَمٍ وَإِنْ خَيَّطْتَهُ فَارِسِيًّا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ وَقَعَ صَحِيحًا بِالْإِجْمَاعِ وَمُوجِبُهُ رَدُّ مَهْرِ الْمِثْلِ إنْ لم يَقَعْ الْوَفَاءُ بِهِ فَكَانَتْ التَّسْمِيَةُ الْأُولَى صَحِيحَةً فَلَوْ صَحَّ الشَّرْطُ الثَّانِي لَكَانَ نَافِيًا مُوجَبَ الشَّرْطِ الْأَوَّلِ وَالتَّسْمِيَةُ الْأُولَى وَالتَّسْمِيَةُ بعدما صَحَّتْ لَا يَجُوزُ نَفْيُ مُوجَبِهَا فَبَطَلَ الشَّرْطُ الثَّانِي ضَرُورَةً وقال إنَّ ما شَرَطَ الزَّوْجُ من طَلَاقِ الْمَرْأَةِ وَتَرْكِ الْخُرُوجِ من الْبَلَدِ لَا يَلْزَمُهُ في الْحُكْمِ لِأَنَّ ذلك وَعْدٌ وَعَدَ لها فَلَا يُكَلَّفُ بِهِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا تَزَوَّجَهَا على حُكْمِهِ أو حُكْمِ أَجْنَبِيٍّ أَنَّ التَّسْمِيَةَ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ الْمَحْكُومَ بِهِ مَجْهُولٌ وَجَهَالَتُهُ أَكْثَرُ من جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْلِيمِ ثُمَّ إنْ كان التَّزَوُّجُ على حُكْمِ الزَّوْجِ يُنْظَرُ إنْ حَكَمَ بِمَهْرِ مِثْلِهَا أو أَكْثَرَ فَلَهَا ذلك لِأَنَّهُ رضي بِبَذْلِ الزِّيَادَةِ وَإِنْ حَكَمَ بِأَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إلَّا أَنْ تَرْضَى بِالْأَقَلِّ وَإِنْ كان التَّزَوُّجُ على حُكْمِهَا فَإِنْ حَكَمَتْ بِمَهْرِ مِثْلِهَا أو أَقَلَّ فَلَهَا ذلك لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِ حَقِّهَا وَإِنْ حَكَمَتْ بِأَكْثَرَ من مَهْرِ مِثْلِهَا لم تَجُزْ الزِّيَادَةُ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هو مَهْرُ الْمِثْلِ إلَّا إذَا رضي الزَّوْجُ بِالزِّيَادَةِ وَإِنْ كان التَّزَوُّجِ على حُكْمِ أَجْنَبِيٍّ فَإِنْ حَكَمَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ جَازَ وَإِنْ حَكَمَ بِأَكْثَرَ من مَهْرِ الْمِثْلِ يَتَوَقَّفُ على رِضَا الزَّوْجِ وَإِنْ حَكَمَ بِأَقَلَّ من مَهْرِ

الْمِثْلِ يَتَوَقَّفُ على رِضَا الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هو مَهْرُ الْمِثْلِ وَالزَّوْجُ لَا يَرْضَى

(2/285)

بِالزِّيَادَةِ وَالْمَرْأَةُ لَا تَرْضَى بِالنُّقْصَانِ فَلِذَلِكَ تَوَقَّفَ الْأَمْرُ في الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ على رِضَاهُمَا فَإِنْ تَزَوَّجَهَا على ما يَكْسِبُ الْعَامَ أو يَرِثُ فَهَذِهِ تَسْمِيَةٌ فَاسِدَةٌ لِأَنَّ جَهَالَةَ هذا أَكْثَرُ من جَهَالَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ وقد انْضَمَّ إلَى الْجَهَالَةِ الْخَطَرُ لِأَنَّهُ قد يَكْسِبُ وقد لَا يَكْسِبُ ثُمَّ الْجَهَالَةُ بِنَفْسِهَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ فَمَعَ الْخَطَرِ أَوْلَى

وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ على صَدَاقٍ وَاحِدٍ يَجُوزُ إلَّا أَنْ يَقُولَ تَزَوَّجْتُكُمَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَقَبِلَتَا فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ لَا شَكَّ فيه وَيَقْسِمُ الْأَلْفَ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ مَهْرِ مِثْلَيْهِمَا لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَلْفَ بَدَلًا عن بُضْعَيْهِمَا وَالْبَدَلُ يُقْسَمُ على قَدْرِ قِيمَةِ الْمُبْدَلِ وَالْمُبْدَلُ هو الْبُضْعُ فَيُقْسَمُ الْبَدَلُ على قَدْرِ قِيمَتِهِ وَقِيمَتُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ كما لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَنَّهُ يُقْسَمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا كَذَا هذا فَإِنْ قَبِلَتْ إحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى جَازَ النِّكَاحُ في التي قَبِلَتْ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه إذَا قال بِعْتُ هذا الْعَبْدَ مِنْكُمَا فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا ولم يَقْبَلْ الْآخَرُ لم يَجُزْ الْبَيْعُ أَصْلًا وَالْفَرْقُ أَنَّهُ لَمَّا قال تَزَوَّجْتُكُمَا فَقَدْ جَعَلَ قَبُولَ كل وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا شَرْطًا لِقَبُولِ الْأُخْرَى وَالنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ فَكَانَ إدْخَالُ الشَّرْطِ فيه فَاسِدًا وَالنِّكَاحُ لَا يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ

وإذا جَازَ النِّكَاحُ تُقْسَمُ الْأَلْفُ على قَدْرِ مَهْرِ مِثْلِهِمَا لِمَا قُلْنَا فما أَصَابَ حِصَّةَ التي قَبِلَتْ فَلَهَا ذلك الْقَدْرُ وَالْبَاقِي يَعُودُ إلَى الزَّوْجِ وَإِنْ كانت إحْدَاهُمَا ذَاتَ زَوْجٍ أو في عِدَّةٍ من زَوْجٍ أو كانت مِمَّنْ لَا يَحِلُّ له نِكَاحُهَا فإن جَمِيعَ الْأَلْفِ التي يَصِحُّ نِكَاحُهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُقْسَمُ الْأَلْفُ على قَدْرِ مَهْرِ مِثْلَيْهِمَا فما أَصَابَ حِصَّةَ التي تصح (((صح))) نِكَاحُهَا فَلَهَا ذلك وَالْبَاقِي يَعُودُ إلَى الزَّوْجِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ جَعَلَ الْأَلْفَ مَهْرًا لَهُمَا جميعا وَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَالِحٌ لِلنِّكَاحِ حَقِيقَةً لِكَوْنِهَا قَابِلَةً لِلْمَقَاصِدِ الْمَطْلُوبَةِ منه حَقِيقَةً إلَّا أَنَّ الْمُحَرَّمَةَ مِنْهُمَا لَا تُزَاحِمُ صَاحِبَتَهَا في الِاسْتِحْقَاقِ لِخُرُوجِهَا من أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِذَلِكَ شَرْعًا مع قِيَامِ الْمَحَلِّيَّةِ حَقِيقَةً فَيَجِبُ إظْهَارُ أَثَرِ الْمَحَلِّيَّةِ الْحَقِيقِيَّةِ في الِانْقِسَامِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَهْرَ يُقَابِلُ ما يستوفي بِالْوَطْءِ وهو مَنَافِعُ الْبُضْعِ وَهَذَا الْعَقْدُ في حَقِّ الْمُحَرَّمَةِ لَا يُمْكِنُ من اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ لِخُرُوجِهَا من أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِلْعَقْدِ شَرْعًا وَالْمَوْجُودُ الذي لَا يُنْتَفَعُ بِهِ وَالْعَدَمُ الْأَصْلِيُّ سَوَاءٌ فَيُجْعَلُ ذلك الْمَهْرُ بِمُقَابَلَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ كما إذَا جَمَعَ بين الْمَرْأَةِ وَالْأَتَانِ وقال تَزَوَّجْتُكُمَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنْ دخل الزَّوْجُ بِالَّتِي فَسَدَ نِكَاحُهَا فَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لها مَهْرُ مِثْلِهَا بَالِغًا ما بَلَغَ لِأَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ حَقَّهَا فَالْتَحَقَتْ التَّسْمِيَةُ بِالْعَدَمِ وفي قِيَاسِ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لها مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يُجَاوِزُ حِصَّتَهَا من الْأَلْفِ لِأَنَّهُمَا لَا يَعْتَبِرَانِ التَّسْمِيَةَ في حَقِّ الِانْقِسَامِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا تَخْرُجُ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ على السُّمْعَةِ وَالرِّيَاءِ أنها تَصِحُّ أو لَا تَصِحُّ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ السُّمْعَةَ في الْمَهْرِ إمَّا أَنْ تَكُونَ في قَدْرِ الْمَهْرِ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ في جِنْسِهِ فَإِنْ كانت في قَدْرِ الْمَهْرِ بِأَنْ تَوَاضَعَا في السِّرِّ وَالْبَاطِنِ وَاتَّفَقَا على أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَكِنَّهُمَا يُظْهِرَانِ في الْعَقْدِ أَلْفَيْنِ لِأَمْرٍ

حَمَلَهُمَا على ذلك فَإِنْ لم يَقُولَا أَلْفٌ مِنْهُمَا سُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ ما ذَكَرَاهُ في الْعَلَانِيَةِ وَذَلِكَ أَلْفَانِ لِأَنَّ الْمَهْرَ ما يَكُونُ مَذْكُورًا في الْعَقْدِ وَالْأَلْفَانِ مَذْكُورَتَانِ في الْعَقْدِ فإذا لم يَجْعَلَا الْأَلْفَ مِنْهُمَا سُمْعَةً صَحَّتْ تَسْمِيَةُ الْأَلْفَيْنِ وَإِنْ قَالَا الْأَلْفُ مِنْهُمَا سُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ ما ذَكَرَاهُ في السِّرِّ وهو الْأَلْفُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ

وروى عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَهْرَ ما أظهره (((أظهراه))) وهو الْأَلْفَانِ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَهْرَ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُمْلَكُ بِهِ الْبُضْعُ وَالَّذِي يُمْلَكُ بِهِ الْبُضْعُ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ وَأَنَّهُ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْلُومٌ فَتَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ وَيَصِيرُ مَهْرًا وَلَا تُعْتَبَرُ المواضع (((المواضعة))) السَّابِقَةُ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُمَا لَمَّا قَالَا الْأَلْفُ مِنْهُمَا سُمْعَةٌ فَقَدْ هَزَلَا بِذَلِكَ قَدْرَ الْأَلْفِ حَيْثُ لم يَقْصِدَا بِهِ مَهْرًا وَالْمَهْرُ مِمَّا يَدْخُلُهُ الْجَدُّ وَالْهَزْلُ فَفَسَدَتْ تَسْمِيَتُهُ قَدْرَ الْأَلْفِ وَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ الْعَقْدُ على أَلْفٍ وَإِنْ كانت السُّمْعَةُ من جِنْسِ الْمَهْرِيَّاتِ تَوَاضَعَا وَاتَّفَقَا في السِّرِّ وَالْبَاطِنِ على أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَكِنَّهُمَا يُظْهِرَانِ في الْعَقْدِ مِائَةَ دِينَارٍ فَإِنْ لم يَقُولَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ ما تَعَاقَدَا عليه لِمَا قُلْنَا وَإِنْ قَالَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَتَعَاقَدَا على ذلك فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وَرِوَايَةٍ عنه أَنَّ لها مَهْرَ الْعَلَانِيَةِ مِائَةَ دِينَارٍ وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمِائَةَ

دِينَارٍ هِيَ الْمَذْكُورَةُ في الْعَقْدِ وَالْمَهْرُ اسْمٌ لِلْمَذْكُورِ في الْعَقْدِ لِمَا بَيَّنَّا فَيُعْتَبَرُ الْمَذْكُورُ وَلَا تُعْتَبَرُ الْمُوَاضَعَةُ السَّابِقَةُ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ ما تَوَاضَعَا عليه وهو الْأَلْفُ لم يَذْكُرَاهُ في الْعَقْدِ وما ذَكَرَاهُ وهو الْمِائَةُ دِينَارٍ ما تَوَاضَعَا عليه فلم تُوجَدْ التَّسْمِيَةُ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كما لو تَزَوَّجَهَا ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا لم يَتَعَاقَدَا في السِّرِّ وَالْبَاطِنِ على أَنْ يَكُونَ لِلْمَهْرِ قدرا (((قدر))) وجنس ثُمَّ يَتَعَاقَدَا على ما تَوَاضَعَا وَاتَّفَقَا عليه فَأَمَّا إذَا تَعَاقَدَا في السِّرِّ على قَدْرٍ من مهر (((المهر))) أو جِنْسٍ منه ثُمَّ اتَّفَقَا وَتَوَاضَعَا في السِّرِّ على أَنْ يُظْهِرَا في عَقْدِ الْعَلَانِيَةِ أَكْثَرَ من ذلك جِنْسًا آخَرَ فَإِنْ لم يَذْكُرَا في الْمُوَاضَعَةِ السَّابِقَةِ أَنَّ ذلك سُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ ما ذَكَرَاهُ في الْعَلَانِيَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَيَكُونُ ذلك زِيَادَةً على الْمَهْرِ الْأَوَّلِ سَوَاءٌ كان من جِنْسِهِ أو من خِلَافِ جِنْسِهِ فَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِهِ فَجَمِيعُهُ يَكُونُ زِيَادَةً على الْمَهْرِ الْأَوَّلِ وَإِنْ كان من جِنْسِهِ فَقَدْرُ الزِّيَادَةِ على الْمَهْرِ الْأَوَّلِ يَكُونُ زِيَادَةً وروى عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال الْمَهْرُ مَهْرُ السِّرِّ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَهْرَ ما يَكُونُ مَذْكُورًا في الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ هو الْأَوَّلُ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْإِقَالَةَ فَالثَّانِي لَا يَرْفَعُ الْأَوَّلَ فلم يَكُنْ الثَّانِي عَقْدًا في الْحَقِيقَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ الْمَذْكُورُ عِنْدَهُ فَكَانَ الْمَهْرُ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ الْأَوَّلِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُمَا قَصَدَا شَيْئَيْنِ اسْتِئْنَافُ الْعَقْدِ والزيادة (((وزيادة))) في الْمَهْرِ وَاسْتِئْنَافُ الْعَقْدِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالزِّيَادَةُ صَحِيحَةٌ فَصَارَ كَأَنَّهُ زَادَ أَلْفًا أُخْرَى أو مِائَةَ دِينَارٍ وَإِنْ ذَكَرَا في الْمُوَاضَعَةِ السَّابِقَةِ أَنَّ

الزِّيَادَةَ أو الْجِنْسَ الْآخَرَ سُمْعَةٌ فَالْمَهْرُ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ الْأَوَّلِ المذكور (((والمذكور))) في الْعَقْدِ الثَّانِي لَغْوٌ لِأَنَّهُمَا هَزَلَا بِهِ حَيْثُ جَعَلَاهُ سُمْعَةً وَالْهَزْلُ يَعْمَلُ في الْمَهْرِ فَيُبْطِلُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا فَلَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ حتى لَا يَلْزَمَ الْمُسَمَّى لِأَنَّ ذلك ليس بِنِكَاحٍ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى إلَّا أَنَّهُ إذَا وُجِدَ الدُّخُولُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لَكِنْ بِالْوَطْءِ لَا بِالْعَقْدِ على ما نُبَيِّنُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على جَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا فَلَهَا الْجَارِيَةُ وما في بَطْنِهَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَالطَّحَاوِيُّ من غَيْرِ خِلَافٍ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْجَارِيَةِ مَهْرًا قد صَحَّتْ لِأَنَّهَا مَالٌ مَعْلُومٌ وَاسْتِثْنَاءُ ما في بَطْنِهَا لم يَصِحَّ لِأَنَّ الْجَنِينَ في حُكْمِ جُزْءٍ من أَجْزَائِهَا فَإِطْلَاقُ الْعَقْدِ على الْأُمِّ يَتَنَاوَلُهُ فَاسْتِثْنَاؤُهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ وَالنِّكَاحُ لَا يَحْتَمِلُ شَرْطًا فَاسِدًا فَيَلْغُو الِاسْتِثْنَاءُ وَيَلْتَحِقُ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ لم يَسْتَثْنِ رَأْسًا وَكَذَلِكَ إذَا وَهَبَ جَارِيَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أو خَالَعَ أو صَالَحَ من دَمِ الْعَمْدِ لِأَنَّ هذه التَّصَرُّفَاتِ لَا تُبْطِلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ

وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على جَارِيَةٍ فَاسْتُحِقَّتْ وَهَلَكَتْ قبل التَّسْلِيمِ فَلَهَا قِيمَتُهَا لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ قد صَحَّتْ لِكَوْنِ الْمُسَمَّى مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْلُومًا فَالْعَقْدُ انْعَقَدَ مُوجِبَ التَّسْلِيمَ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَالْهَلَاكِ لِأَنَّهُ عَجَزَ عن تَسْلِيمِهَا فَتَجِبُ قِيمَتُهَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل التَّسْلِيمِ إلَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَغْرَمُ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الثَّمَنُ لَا غَيْرُ لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَبِيعِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ وإذا بَطَلَ الْبَيْعُ لم يَبْقَ وُجُوبُ التَّسْلِيمِ فَلَا تَجِبُ الْقِيمَةُ ثُمَّ تَفْسِيرُ مَهْرِ الْمِثْلِ هو أَنْ يَعْتَبِرَ مَهْرَهَا بِمَهْرِ مِثْلِ نِسَائِهَا من أَخَوَاتِهَا لِأَبِيهَا وَأُمِّهَا أو لِأَبِيهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ أَعْمَامِهَا في بَلَدِهَا وَعَصْرِهَا على مَالِهَا وَجَمَالِهَا وَسِنِّهَا وَعَقْلِهَا وَدِينِهَا لِأَنَّ الصَّدَاقَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ وَكَذَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَالِ وَالْجَمَالِ وَالسِّنِّ وَالْعَقْلِ وَالدِّينِ فَيَزْدَادُ مَهْرُ الْمَرْأَةِ لِزِيَادَةِ مَالِهَا وَجَمَالِهَا وَعَقْلِهَا وَدِينِهَا وَحَدَاثَةِ سِنِّهَا فَلَا بُدَّ من الْمُمَاثَلَةِ بين الْمَرْأَتَيْنِ في هذه الْأَشْيَاءِ لِيَكُونَ الْوَاجِبُ لها مَهْرَ مِثْلِ نِسَائِهَا إذْ لَا يَكُونُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِدُونِ الْمُمَاثَلَةِ بَيْنَهُمَا وَلَا يُعْتَبَرُ مَهْرُهَا بِمَهْرِ أُمِّهَا وَلَا بِمَهْرِ خَالَتِهَا إلَّا أَنْ تَكُونَ من قَبِيلَتِهَا من بَنَاتِ أَعْمَامِهَا لِأَنَّ الْمَهْرَ يَخْتَلِفُ بِشَرَفِ النَّسَبِ وَالنَّسَبُ من الْآبَاءِ لَا من الْأُمَّهَاتِ فَإِنَّمَا يَحْصُلُ لها شَرَفُ النَّسَبِ من قَبِيلِ أَبِيهَا أو قَبِيلَتِهِ لَا من قِبَلِ أُمِّهَا وَعَشِيرَتِهَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ وَبَيَانُ وَقْتِ وُجُوبِهِ وَكَيْفِيَّةِ وُجُوبِهِ وما يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ من الْأَحْكَامِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمَهْرُ في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَجِبُ بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ أحداث الْمِلْكِ وَالْمَهْرُ يَجِبُ بِمُقَابَلَةِ إحْدَاثِ الْمِلْكِ وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وهو مُعَاوَضَةُ الْبُضْعِ بِالْمَهْرِ فَيَقْتَضِي وُجُوبَ الْعِوَضِ كَالْبَيْعِ سَوَاءٌ كان الْمَهْرُ مَفْرُوضًا

في الْعَقْدِ أو لم يَكُنْ عِنْدَنَا

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إنْ كان مَفْرُوضًا لَا يَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْفَرْضِ أو بِالدُّخُولِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وفي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يَجِبُ الْمَهْرُ لَكِنْ لَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ بَلْ بِوَاسِطَةِ الدُّخُولِ لِعَدَمِ حُدُوثِ الْمِلْكِ قبل الدُّخُولِ أَصْلًا

وَعَدَم حُدُوثِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ مُطْلَقًا وَلِانْعِدَامِ الْمُعَاوَضَةِ قبل الدُّخُولِ رَأْسًا وَانْعِدَامِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ مطلقا (((مطلقا))) لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهِ وَيَجِبُ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِلَا فَصْلٍ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَجِبُ بِإِحْدَاثِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ يَحْدُثُ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِلَا فَصْلٍ وَلِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ في وَقْتٍ وَاحِدٍ وقد ثَبَتَ الْمِلْكُ في أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ وهو الْبُضْعُ عَقِيبَ الْعَقْدِ فَيَثْبُتُ في الْعِوَضِ الْآخَرِ عَقِيبَهُ تَحْقِيقًا لِلْمُعَاوَضَةِ الْمُطْلَقَةِ إلَّا أَنَّهُ يَجِبُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وُجُوبًا مُوَسَّعًا وَإِنَّمَا يَتَضَيَّقُ عِنْدَ الْمُطَالَبَةِ كَالثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ أَنَّهُ يَجِبُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ وُجُوبًا مُوَسَّعًا وَإِنَّمَا يَتَضَيَّقُ عِنْدَ مُطَالَبَةِ الْبَائِعِ

وإذا طَالَبَتْ الْمَرْأَةُ بِالْمَهْرِ يَجِبُ على الزَّوْجِ تَسْلِيمُهُ أَوَّلًا لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ في الْمَرْأَةِ مُتَعَيِّنٌ وَحَقُّ الْمَرْأَةِ في الْمَهْرِ لم يَتَعَيَّنْ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ فَوَجَبَ على الزَّوْجِ التَّسْلِيمُ عِنْدَ الْمُطَالَبَةِ لِيَتَعَيَّنَ كما في الْبَيْعِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ يُسَلِّمُ الثَّمَنَ أَوَّلًا ثُمَّ يُسَلِّمُ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ إلَّا أَنَّ الثَّمَنَ في بَابِ الْبَيْعِ إذَا كان دَيْنًا يُقَدَّمُ تَسْلِيمُهُ على تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ لِيَتَعَيَّنَ

وَإِنْ كان عَيْنًا يُسَلِّمَانِ مَعًا وَهَهُنَا يُقَدَّمُ تَسْلِيمُ الْمَهْرِ على كل حَالٍ سَوَاءٌ كان دَيْنًا أو عَيْنًا لِأَنَّ الْقَبْضَ وَالتَّسَلُّمَ هَهُنَا مَعًا مُتَعَذِّرٌ وَلَا تَعَذُّرَ في الْبَيْعِ

وإذا ثَبَتَ هذا فَنَقُولُ لِلْمَرْأَةِ قبل دُخُولِ الزَّوْجِ بها أَنْ تَمْنَعَ الزَّوْجَ عن الدُّخُولِ حتى يُعْطِيَهَا جَمِيعَ الْمَهْرِ ثُمَّ تُسَلِّمُ نَفْسَهَا إلَى زَوْجِهَا وَإِنْ كانت قد انْتَقَلَتْ إلَى بَيْتِ زَوْجِهَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بِذَلِكَ يَتَعَيَّنُ حَقُّهَا فَيَكُونُ تَسْلِيمًا بِتَسْلِيمٍ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ عِوَضٌ عن بُضْعِهَا كَالثَّمَنِ عِوَضٌ عن الْمَبِيعِ وَلِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَكَانَ لِلْمَرْأَةِ حَقُّ حَبْسِ نَفْسِهَا لِاسْتِيفَاءِ الْمَهْرِ وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنْعُهَا عن السَّفَرِ وَالْخُرُوجِ من مَنْزِلِهِ وَزِيَارَةِ أَهْلِهَا قبل إيفَاءِ الْمَهْرِ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ إنَّمَا يَثْبُتُ لِاسْتِيفَاءِ الْمُسْتَحَقِّ فإذا لم يَجِبْ عليها تَسْلِيمُ النَّفْسِ قبل إيفَاءِ الْمَهْرِ لم يَثْبُتْ لِلزَّوْجِ حَقُّ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يَثْبُتُ له حَقُّ الْحَبْسِ وإذا أَوْفَاهَا الْمَهْرَ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا من ذلك كُلِّهِ إلَّا من سَفَرِ الْحَجِّ إذَا كان عليها حَجَّةُ الْإِسْلَامِ وَوَجَدَتْ مَحْرَمًا وَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بها لِأَنَّهُ إذَا أَوْفَاهَا حَقَّهَا يَثْبُتُ له حَقُّ الْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه فَإِنْ أَعْطَاهَا الْمَهْرَ إلَّا دِرْهَمًا وَاحِدًا فَلَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ تَخْرُجَ من مِصْرِهَا حتى تَقْبِضَهُ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لَا يَتَجَزَّأُ فَلَا يَبْطُلُ إلَّا بِتَسْلِيمِ كل الْبَدَلِ كما في الْبَيْعِ

وَلَوْ خَرَجَتْ لم يَكُنْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَسْتَرِدَّ منها ما قَبَضَتْ لِأَنَّهَا قَبَضَتْهُ بِحَقٍّ لِكَوْنِ الْمَقْبُوضِ حَقًّا لها وَالْمَقْبُوضُ بِحَقٍّ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ هذا إذَا كان الْمَهْرُ مُعَجَّلًا بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على صَدَاقٍ عَاجِلٍ أو كان مَسْكُوتًا عن التَّعْجِيلِ وَالتَّأْجِيلِ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَسْكُوتِ حُكْمُ الْمُعَجَّلِ لِأَنَّ هذا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ من الْجَانِبَيْنِ وَالْمَرْأَةُ عنيت (((عينت))) حَقَّ الزَّوْجِ فَيَجِبُ أَنْ يُعَيِّنَ الزَّوْجُ حَقَّهَا وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّسْلِيمِ

فأما إذَا كان مُؤَجَّلًا بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على مَهْرٍ آجِلٍ فَإِنْ لم يذكر الْوَقْتَ لِشَيْءٍ من الْمَهْرِ أَصْلًا بِأَنْ قال تَزَوَّجْتُكِ على أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ أو ذَكَرَ وَقْتًا مَجْهُولًا جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً بِأَنْ قال تَزَوَّجْتُك على أَلْفٍ إلَى وَقْتِ الْمَيْسَرَةِ أو هُبُوبِ الرِّيَاحِ أو إلَى أَنْ تُمْطِرَ السَّمَاءُ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لم يَصِحَّ لِتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ فلم يَثْبُتْ الْأَجَلُ

وَلَوْ قال نِصْفُهُ مُعَجَّلٌ وَنِصْفُهُ مُؤَجَّلٌ كما جَرَتْ الْعَادَةُ في دِيَارِنَا ولم يذكر الْوَقْتَ لِلْمُؤَجَّلِ

اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ الْأَجَلُ وَيَجِبُ حَالًّا كما إذَا قال تَزَوَّجْتُك على أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ

وقال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ وَيَقَعُ ذلك على وَقْتِ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ بِالطَّلَاقِ أو الْمَوْتِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ ما يُؤَيِّدُ هذا الْقَوْلَ وهو أَنَّ رَجُلًا كَفَلَ لِامْرَأَةٍ عن زَوْجِهَا نَفَقَةَ كل شَهْرٍ ذُكِرَ في كِتَابِ النِّكَاحِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ شَهْرٍ وَاحِدٍ في الِاسْتِحْسَانِ
وَذُكِرَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ كُلِّ شَهْرٍ ما دَامَ النِّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا فَكَذَلِكَ هَهُنَا
وَإِنْ ذَكَرَ وَقْتًا مَعْلُومًا لِلْمَهْرِ فَلَيْسَ لها أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ أَخِيرًا لها أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا سَوَاءٌ كانت الْمُدَّةُ قَصِيرَةً أو طَوِيلَةً بَعْدَ أَنْ كانت مَعْلُومَةً أو مَجْهُولَةً جَهَالَةً مُتَقَارِبَةً كَجَهَالَةِ الْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ من حُكْمِ الْمَهْرِ أَنْ يَتَقَدَّمَ تَسْلِيمُهُ على تَسْلِيمِ النَّفْسِ بِكُلِّ حَالٍ أَلَا تَرَى

أَنَّهُ لو كان مُعَيَّنًا أو غير مُعَيَّنٍ وَجَبَ تَقْدِيمُهُ فلما قَبِلَ الزَّوْجُ التَّأْجِيلَ كان ذلك رِضًا بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ في الْقَبْضِ بِخِلَافِ الْبَائِعِ إذَا أَجَّلَ الثَّمَنَ أَنَّهُ ليس له أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ وَيَبْطُلُ حَقُّهُ في الْحَبْسِ بِتَأْجِيلِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ ليس من حُكْمِ الثَّمَنِ تَقْدِيمُ تَسْلِيمِهِ على تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ لَا مَحَالَةَ
أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّمَنَ إذَا كان عَيْنًا يُسَلَّمَانِ مَعًا فلم يَكُنْ قَبُولُ الْمُشْتَرِي التَّأْجِيلَ رِضًا منه بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ في الْقَبْضِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ بِالتَّأْجِيلِ رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِ حَقِّ نَفْسِهَا فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الزَّوْجِ كَالْبَائِعِ إذَا أَجَّلَ الثَّمَنَ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ بِخِلَافِ ما إذَا كان التَّأْجِيلُ إلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً لِأَنَّ التَّأْجِيلَ ثَمَّةَ لم يَصِحَّ فلم يَثْبُتْ الْأَجَلُ فَبَقِيَ الْمَهْرُ حَالًّا
وَأَمَّا قَوْلُهُ من شَأْنِ الْمَهْرِ أَنْ يَتَقَدَّمَ تَسْلِيمُهُ على تَسْلِيمِ النَّفْسِ فَنَقُولُ نعم إذَا كان مُعَجَّلًا أو مَسْكُوتًا عن الْوَقْتِ فَأَمَّا إذَا كان مُؤَجَّلًا تَأْجِيلًا صَحِيحًا فَمِنْ حُكْمِهِ أَنْ يَتَأَخَّرَ تَسْلِيمُهُ عن تَسْلِيمِ النَّفْسِ لِأَنَّ تَقْدِيمَ تَسْلِيمِهِ ثَبَتَ حَقًّا لها لِأَنَّهُ ثَبَتَ تَحْقِيقًا لِلْمُعَاوَضَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْمُسَاوَاةِ حَقًّا لها فإذا أَجَّلَتْهُ فَقَدْ أَسْقَطَتْ حَقَّ نَفْسِهَا فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ زَوْجِهَا لِانْعِدَامِ الْإِسْقَاطِ منه وَالرِّضَا بِالسُّقُوطِ لِهَذَا الْمَعْنَى سَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ في الْحَبْسِ بِتَأْجِيلِ الثَّمَنِ كَذَا هذا
وَلَوْ كان بَعْضُهُ حَالًّا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بها إذَا أَعْطَاهَا الْحَالَّ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْكُلَّ لو كان مُؤَجَّلًا لَكَانَ له أَنْ يَدْخُلَ بها فإذا كان الْبَعْضُ مُعَجَّلًا وَأَعْطَاهَا ذلك أَوْلَى وَالْفِقْهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الزَّوْجَ ما رضي بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ
وَأَمَّا عِنْدَ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُ لَمَّا عَجَّلَ الْبَعْضَ فلم يَرْضَ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ عن الْقَبْضِ لِأَنَّهُ لو رضي بِذَلِكَ لم يَكُنْ لِشَرْطِ التَّعْجِيلِ فَائِدَةٌ بِخِلَافِ ما إذَا كان الْكُلُّ مُؤَجَّلًا لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ التَّأْجِيلَ فَقَدْ رضي بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ وَلَوْ لم يَدْخُلْ بها حتى حَلَّ أَجَلُ الْبَاقِي فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بها إذَا أَعْطَاهَا الْحَالَّ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان الْكُلُّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا وَشَرَطَ أَنْ يَدْخُلَ بها قبل أَنْ يُعْطِيَهَا كُلَّهُ فَلَهُ ذلك عنه أبي يُوسُفَ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ الدُّخُولَ لم يَرْضَ بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ في

الِاسْتِمْتَاعِ
وَلَوْ كان الْمَهْرُ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا فَحَلَّ الْأَجَلُ ليس لها أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا لِتَسْتَوْفِيَ الْمَهْرَ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ قد سَقَطَ بِالتَّأْجِيلِ وَالسَّاقِطُ لَا يَحْتَمِلُ الْعَوْدَ كَالثَّمَنِ في الْمَبِيعِ وَعَلَى أَصْلِ أبي يُوسُفَ لها أَنْ تَمْنَعَ نفسه (((نفسها))) لِأَنَّ لها أَنْ تَمْنَعَ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ فَبَعْدَهُ أَوْلَى
وَلَوْ كان الْمَهْرُ حَالًّا فَأَخَّرَتْهُ شَهْرًا ليس لها أَنْ تَمْنَعَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لها ذلك لِأَنَّ هذا تَأْجِيلٌ طارىء (((طارئ))) فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ التَّأْجِيلِ الْمُقَارِنِ وقد مَرَّ الْكَلَامُ فيه وَلَوْ دخل الزَّوْجُ بها بِرِضَاهَا وَهِيَ مُكَلَّفَةٌ فَلَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا حتى تَأْخُذَ الْمَهْرَ وَلَهَا أَنْ تَمْنَعَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا من بَلَدِهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ليس لها ذلك وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا خَلَا بها وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنها بِالْوَطْءِ مَرَّةً وَاحِدَةً أو بِالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ سَلَّمَتْ جَمِيعَ الْمَعْقُودِ عليه بِرِضَاهَا وَهِيَ من أَهْلِ التَّسْلِيمِ فَبَطَلَ حَقُّهَا في الْمَنْعِ كَالْبَائِعِ إذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ وَلَا شَكَّ في الرِّضَا وَأَهْلِيَّةِ التَّسْلِيمِ
وَالدَّلِيلُ على أنها سَلَّمَتْ جَمِيعَ الْمَعْقُودِ عليه أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه في هذا الْبَابِ في حُكْمِ الْعَيْنِ وَلِهَذَا يَتَأَكَّدُ جَمِيعُ الْمَهْرِ بِالْوَطْءِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَمَعْلُومٌ أَنَّ جَمِيعَ الْبَدَلِ لَا يَتَأَكَّدُ بِتَسْلِيمِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عليه وما يَتَكَرَّرُ من الْوَطَآتِ مُلْتَحِقٌ بِالِاسْتِخْدَامِ فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ من الْمَهْرِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَهْرَ مُقَابَلٌ بِجَمِيعِ ما يستوفي من مَنَافِعِ الْبُضْعِ في جَمِيعِ الْوَطَآتِ التي تُوجَدُ في هذا الْمِلْكِ لَا بِالْمُسْتَوْفَى بِالْوَطْأَةِ الْأُولَى خَاصَّةً لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إخْلَاءُ شَيْءٍ من مَنَافِعِ الْبُضْعِ عن بَدَلٍ يُقَابِلُهُ احْتِرَامًا لِلْبُضْعِ وَإِبَانَةً لِخَطَرِهِ فَكَانَتْ هِيَ بِالْمَنْعِ مُمْتَنِعَةً عن تَسْلِيمِ ما يُقَابِلُهُ بَدَلٌ فَكَانَ لها ذلك بِالْوَطْءِ في الْمَرَّةِ الْأُولَى فَكَانَ لها أَنْ تَمْنَعَهُ عن الْأَوَّلِ حتى تَأْخُذَ مَهْرَهَا فَكَذَا عن الثَّانِي وَالثَّالِثِ إلَّا أَنَّ الْمَهْرَ يَتَأَكَّدُ بِالْوَطْءِ مَرَّةً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ مَعْلُومٌ وما وَرَاءَهُ مَعْدُومٌ مَجْهُولٌ فَلَا يُزَاحِمُهُ في الإنقسام ثُمَّ عِنْدَ الْوُجُودِ يَتَعَيَّنُ قَطْعًا فَيَصِيرُ مُزَاحِمًا فَيَأْخُذُ قِسْطًا من الْبَدَلِ كَالْعَبْدِ إذَا جَنَى جِنَايَةً يَجِبُ دَفْعُهُ بها فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى فَالثَّانِيَةُ تُزَاحِمُ الْأُولَى عِنْدَ وُجُودِهَا في وُجُوبِ الدَّفْعِ بها وَكَذَا الثَّالِثَةُ وَالرَّابِعَةُ إلَى ما لَا يَتَنَاهَى بِخِلَافِ الْبَائِعِ إذَا سَلَّمَ الْمَبِيعَ قبل قَبْضِ الثَّمَنِ أو بَعْدَمَا قَبَضَ شيئا منه ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرِدَّ أَنَّهُ ليس له ذلك لِأَنَّهُ سَلَّمَ كُلَّ الْمَبِيعِ فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فِيمَا سَلَّمَ وَهَهُنَا ما سَلَّمَتْ كُلَّ الْمَعْقُودِ عليه بَلْ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه مَنَافِعُ الْبُضْعِ وما سَلَّمَتْ كُلَّ الْمَنَافِعِ بَلْ بَعْضَهَا دُونَ الْبَعْضِ فَهِيَ بِالْمَنْعِ تَمْتَنِعُ عن تَسْلِيمِ ما لم يَحْصُلْ مُسَلَّمًا بَعْدُ فَكَانَ لها ذلك كَالْبَائِعِ إذَا

سَلَّمَ بَعْضَ الْمَبِيعِ قبل اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ كان له حَقُّ حَبْسِ الْبَاقِي لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ كَذَا هذا
وكان أبو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ يُفْتِي في مَنْعِهَا نَفْسَهَا بِقَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ في السَّفَرِ بِقَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَبَعْدَ إيفَاءِ الْمَهْرِ كان له أَنْ يَنْقُلَهَا حَيْثُ شَاءَ
وَحَكَى الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ عن مُحَمَّدِ بن سَلَمَةَ أَنَّهُ كان يُفْتِي أَنَّ بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَهْرِ ليس لِزَوْجِهَا أَنْ يُسَافِرَ بها

قال أبو يُوسُفَ وَلَوْ وَجَدَتْ الْمَرْأَةُ الْمَهْرَ زُيُوفًا أو سُتُّوقًا فَرَدَّتْ أو كان الْمَقْبُوضُ عَرَضًا اشْتَرَتْهُ من الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ فَاسْتُحِقَّ بَعْدَ الْقَبْضِ وقد كان دخل بها فَلَيْسَ لها أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا في جَمِيعِ ذلك وَهَذَا على أَصْلِهِمَا مُسْتَقِيمٌ لِأَنَّ من أَصْلِهِمَا أَنَّ التَّسْلِيمَ من غَيْرِ قَبْضِ الْمَهْرِ يُبْطِلُ حَقَّ الْمَنْعِ وَهَذَا تَسْلِيمٌ من غَيْرِ قَبْضٍ لِأَنَّ ذلك الْقَبْضَ بِالرَّدِّ وَالِاسْتِحْقَاقِ انْتَقَضَ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهَا لم تَقْبِضْهُ وَقَبْلَ الْقَبْضِ الْجَوَابُ هَكَذَا عِنْدَهُمَا وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لها أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا

ثُمَّ فَرَّقَ أبو يُوسُفَ بين هذا وَبَيْنَ الْمَنْعِ أَنَّهُ إذَا اسْتَحَقَّ الثَّمَنَ من يَدِ الْبَائِعِ أو وَجَدَهُ زُيُوفًا أو سُتُّوقًا فَرَدَّهُ له أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ فَيَحْبِسَهُ لِأَنَّ الْبَائِعَ بَعْدَ الِاسْتِرْدَادِ يُمْكِنُهُ الْحَبْسُ على الْوَجْهِ الذي كان قبل ذلك

وَأَمَّا هَهُنَا لَا يُمْكِنُهُ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ مَنَافِعِ الْبُضْعِ فَلَا يَكُونُ هذا الْحَبْسُ مِثْلَ الْأَوَّلِ فَلَا يَعُودُ حَقُّهَا في الْحَبْسِ وَمِمَّا يَلْتَحِقُ بهذا الْفَصْلِ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَهَبَ مَهْرَهَا لِلزَّوْجِ دخل بها أو لم يَدْخُلْ لِقَوْلِهِ عز وجل { فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عن شَيْءٍ منه نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا } وَلَيْسَ لِأَحَدٍ من أَوْلِيَائِهَا الِاعْتِرَاضُ عليها سَوَاءٌ كان أَبًا أو غَيْرَهُ لِأَنَّهَا وَهَبَتْ خَالِصَ مِلْكِهَا وَلَيْسَ لِأَحَدٍ في عَيْنِ الْمَهْرِ حَقٌّ فَيَجُوزُ وَيَلْزَمُ بِخِلَافِ ما إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا وَقَصَّرَتْ عن مَهْرِ مِثْلِهَا أَنَّ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقَّ الِاعْتِرَاضِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْأَمْهَارَ حَقُّ الْأَوْلِيَاءِ فَقَدْ تَصَرَّفَتْ في خَالِصِ حَقِّهِمْ وَلِأَنَّهَا أَلْحَقَتْ الضَّرَرَ بِالْأَوْلِيَاءِ بِإِلْحَاقِ الْعَارِ وَالشَّنَارِ بِهِمْ فَلَهُمْ دَفْعُ هذا الضَّرَرِ بِالِاعْتِرَاضِ وَالْفَسْخِ وَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَهَبَ مَهْرَ ابْنَتِهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال بَعْضُهُمْ له ذلك وَتَمَسَّكُوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى { أو يَعْفُوَ الذي بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ } وَالْأَبُ بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ

وَلَنَا أَنَّ الْمَهْرَ مِلْكُ الْمَرْأَةِ وَحَقُّهَا لِأَنَّهُ بَدَلُ بُضْعِهَا وَبُضْعُهَا حَقُّهَا وَمِلْكُهَا وَالدَّلِيلُ عليه قَوْلُهُ عز وجل { وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً } أَضَافَ الْمَهْرَ إلَيْهَا فَدَلَّ أَنَّ الْمَهْرَ حَقُّهَا وَمِلْكُهَا

وَقَوْلُهُ عز وجل { فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عن شَيْءٍ منه نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا } وَقَوْله تَعَالَى { منه } أَيْ من الصَّدَاقِ لِأَنَّهُ هو الْمُكَنَّى السَّابِقُ أَبَاحَ لِلْأَزْوَاجِ التَّنَاوُلَ من مُهُورِ النِّسَاءِ إذَا طَابَتْ أَنْفُسُهُنَّ بِذَلِكَ وَلِذَا عَلَّقَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْإِبَاحَةَ بِطِيبِ أَنْفُسِهِنَّ فَدَلَّ ذلك كُلُّهُ على أَنَّ مَهْرَهَا مِلْكُهَا وَحَقُّهَا وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَهَبَ مِلْكَ الْإِنْسَانِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْوَلِيُّ هِبَةَ غَيْرِهِ من أَمْوَالِهَا فَكَذَا الْمَهْرُ

وَأَمَّا الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ فَقَدْ قِيلَ إنَّ الْمُرَادَ من الذي بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ هو الزَّوْجُ كَذَا رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما وَيَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُ من صَرَفَ التَّأْوِيلَ إلَى الْوَلِيِّ على بَيَانِ نُزُولِ الْآيَةِ على ما قِيلَ أن حين النُّزُولِ كان الْمُهُورُ لِلْأَوْلِيَاءِ وَدَلِيلُهُ قَوْلُ شُعَيْبٍ لِمُوسَى عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ على أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ } شَرَطَ الْمَهْرَ لِنَفْسِهِ لَا لِابْنَتِهِ ثُمَّ نُسِخَ بِمَا تَلَوْنَا من الْآيَاتِ وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَهَبَ صَدَاقَ أَمَتِهِ وَمُدَبَّرَتِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ من زَوْجِهَا لِأَنَّ الْمَهْرَ مِلْكُهُ وَلَيْسَ له أَنْ يَهَبَ مَهْرَ مُكَاتَبَتِهِ وَلَوْ وَهَبَ لَا يَبْرَأُ الزَّوْجُ وَلَا يَدْفَعُهُ إلَى الْمَوْلَى لِأَنَّ مَهْرَ الْمُكَاتَبَةِ لها لَا لِلْمَوْلَى لِأَنَّهُ من اكتسابها (((أكسابها))) وَكَسْبُ الْمُكَاتَبِ له لَا لِمَوْلَاهُ وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ في الْمَهْرِ إذَا تَرَاضَيَا بها وَالْحَطُّ عنه إذَا رَضِيَتْ بِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ من بَعْدِ الْفَرِيضَةِ } رَفَعَ الْجُنَاحَ فِيمَا تَرَاضَيَا بِهِ الزَّوْجَانِ بَعْدَ الْفَرِيضَةِ وهو التَّسْمِيَةُ وَذَلِكَ هو الزِّيَادَةُ في الْمَهْرِ وَالْحَطُّ عنه وَأَحَقُّ ما تُصْرَفُ إلَيْهِ الْآيَةُ الزِّيَادَةُ لِأَنَّهُ ذَكَرَ لَفْظَةَ التَّرَاضِي وَأَنَّهُ يَكُونُ بين اثْنَيْنِ وَرِضَا الْمَرْأَةِ كان في الْحَطِّ وَلِأَنَّ

الزِّيَادَةَ تَلْحَقُ الْعَقْدَ وَيَصِيرُ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا كَالْخِيَارِ في بَابِ الْبَيْعِ وَالْأَجَلِ فيه فإن من اشْتَرَى من آخَرَ عَبْدًا بَيْعًا بَاتًّا ثُمَّ إنَّ أَحَدَهُمَا جَعَلَ لِصَاحِبِهِ الْخِيَارَ يَوْمًا جَازَ ذلك حتى لو نَقَضَ الْبَيْعَ جَازَ نَقْضُهُ وَيَصِيرُ ذلك كَالْخِيَارِ الْمَشْرُوطِ في أَصْلِ الْبَيْعِ وَكَذَا إذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَّةً ثُمَّ إنَّ الْبَائِعَ أَجَّلَ الْمُشْتَرِيَ في الثَّمَنِ شَهْرًا جَازَ التَّأْجِيلُ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ كان مُسَمًّى في الْعَقْدِ

كَذَا هَهُنَا وَلَا يَثْبُتُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ في الْمَهْرِ حتى لو تَزَوَّجَ امْرَأَةً على عَبْدٍ بِعَيْنِهِ أو جَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا ولم تَرَهُ ثُمَّ رَأَتْهُ ليس لها أَنْ تَرُدَّهُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْفَسِخُ بِرَدِّهِ فَلَوْ رَدَّتْ لَرَجَعَتْ عليه بِعَبْدٍ آخَرَ وَثَبَتَ لها فيه خِيَارُ الرُّؤْيَةِ فَتَرُدُّهُ ثُمَّ تَرْجِعُ عليه بِآخَرَ

إلَى ما لَا يَتَنَاهَى فلم يَكُنْ الرَّدُّ مُفِيدًا لِخُلُوِّهِ عن الْعَاقِبَةِ الْحَمِيدَةِ فَكَانَ سَفَهًا فَلَا يَثْبُتُ لها حَقُّ الرَّدِّ وَكَذَلِكَ الْخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ على مَالٍ وَالصُّلْحُ عن دَمِ الْعَمْدِ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ أَنَّهُ يَثْبُتُ فيه خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِرَدِّ الْمَبِيعِ وَيَرْجِعُ بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرَّدُّ مُفِيدًا لِذَلِكَ افْتَرَقَا وَهَلْ يَثْبُتُ خِيَارُ الْعَيْبِ في الْمَهْرِ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان الْعَيْبُ يَسِيرًا لَا يَثْبُتُ وَإِنْ كان فَاحِشًا يَثْبُتُ وَكَذَلِكَ هذا في بَدَلِ الْخُلْعِ وَالْإِعْتَاقِ على مَالٍ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ على مَالٍ أَنَّهُ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ الْيَسِيرِ وَالْفَاحِشِ لِأَنَّ هُنَاكَ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ وَهَهُنَا لَا يَنْفَسِخُ وإذا لم يَنْفَسِخْ فَيَقْبِضُ مثله فَرُبَّمَا يَجِدُ فيه عَيْبًا يَسِيرًا أَيْضًا لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَخْلُو عن قَلِيلِ عَيْبٍ عَادَةً فَيَرُدُّهُ ثُمَّ يَقْبِضُ مثله فَيُؤَدِّي إلَى ما لَا يَتَنَاهَى فَلَا يُفِيدُ الرَّدُّ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِالرَّدِّ فَكَانَ الرَّدُّ مُفِيدًا وَلِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ إنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِدْرَاكًا لِلْفَائِتِ وهو صِفَةُ السَّلَامَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْعَقْدِ وَالْعَيْبُ إذَا كان يَسِيرًا لَا يُعْرَفُ الْفَوَاتُ بِيَقِينٍ لِأَنَّ الْعَيْبَ الْيَسِيرَ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ لَا يَخْلُو عنه فَمِنْ مُقَوِّمٍ يُقَوِّمُهُ بِدُونِ الْعَيْبِ بِأَلْفٍ وَمِنْ مُقَوِّمٍ يُقَوِّمُهُ مع الْعَيْبِ بِأَلْفٍ أَيْضًا فَلَا يُعْلَمُ فَوَاتُ صِفَةِ السَّلَامَةِ بِيَقِينٍ فَلَا حَاجَةَ إلَى الِاسْتِدْرَاكِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ الْعَيْبِ الْفَاحِشِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ فيه الْمُقَوِّمُونَ فَكَانَ الْفَوَاتُ حَاصِلًا بِيَقِينٍ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى اسْتِدْرَاكِ الْفَائِتِ بِالرَّدِّ إلَّا أَنَّ هذا الْمَعْنَى يُشْكِلُ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ فإن الْعَيْبَ الْيَسِيرَ فيها يُوجِبُ حَقَّ الرَّدِّ وَإِنْ كان هذا الْمَعْنَى مَوْجُودًا فيها فَالْأَصَحُّ هو الْوَجْهُ الْأَوَّلُ وَلَا شُفْعَةَ في الْمَهْرِ لِأَنَّ من شَرَائِطِ ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ لِمَا نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الشُّفْعَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَالنِّكَاحُ مُعَاوَضَةُ الْبُضْعِ بِالْمَالِ فَلَا يَثْبُتُ فيه حَقُّ الشُّفْعَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَتَأَكَّدُ بِهِ الْمَهْرُ فَالْمَهْرُ يَتَأَكَّدُ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ الدُّخُولُ وَالْخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ وَمَوْتُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ سَوَاءٌ كان مُسَمًّى أو مَهْرَ الْمِثْلِ حتى لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ منه بَعْدَ ذلك إلَّا بِالْإِبْرَاءِ من صَاحِبِ الْحَقِّ أَمَّا التَّأَكُّدُ بِالدُّخُولِ فَمُتَّفَقٌ عليه وَالْوَجْهُ فيه أَنَّ الْمَهْرَ قد وَجَبَ بِالْعَقْدِ وَصَارَ دَيْنًا في ذِمَّتِهِ وَالدُّخُولُ لَا يُسْقِطُهُ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عليه وَاسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عليه يُقَرِّرُ الْبَدَلَ لَا أَنْ يُسْقِطَهُ كما في الْإِجَارَةِ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ يَتَأَكَّدُ بِتَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ من غَيْرِ اسْتِيفَائِهِ لِمَا نَذْكُرُ فَلَأَنْ يَتَأَكَّدَ بِالتَّسْلِيمِ مع الِاسْتِيفَاءِ أَوْلَى

وَأَمَّا التَّأَكُّدُ بِالْخَلْوَةِ فَمَذْهَبُنَا
وقال الشَّافِعِيُّ لَا يَتَأَكَّدُ الْمَهْرُ بِالْخَلْوَةِ حتى لو خَلَا بها خَلْوَةً صَحِيحَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ يَجِبُ عليه كَمَالُ الْمُسَمَّى عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ نِصْفُ الْمُسَمَّى وَإِنْ لم يَكُنْ في النِّكَاحِ تَسْمِيَةٌ يَجِبُ عليه كَمَالُ مَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَجِبُ عليه الْمُتْعَةُ وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافِ وُجُوبُ الْعِدَّةِ بَعْدَ الْخَلْوَةِ قبل الدُّخُولِ عِنْدَنَا تَجِبُ وَعِنْدَهُ لَا تَجِبُ
وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى نِصْفَ الْمَفْرُوضِ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ لِأَنَّ الْمُرَادَ من الْمَسِّ هو الْجِمَاعُ ولم يَفْصِلْ بين حَالِ وُجُودِ الْخَلْوَةِ وَعَدَمِهَا فَمَنْ أَوْجَبَ كُلَّ الْمَفْرُوضِ فَقَدْ خَالَفَ النَّصَّ
وقَوْله تَعَالَى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ } أَيْ ولم تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً فَمَتِّعُوهُنَّ أَوْجَبَ الله تَعَالَى لَهُنَّ الْمُتْعَةَ في الطَّلَاقِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين حَالِ وُجُودِ الْخَلْوَةِ وَعَدَمِهَا وَقَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ }
فَدَلَّتْ الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ على نَفْيِ وُجُوبِ الْعِدَّةِ وَوُجُوبِ الْمُتْعَةِ قبل الدُّخُولِ من غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّ تَأَكُّدَ الْمَهْرِ يَتَوَقَّفُ على اسْتِيفَاءِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ وهو مَنَافِعُ الْبُضْعِ وَاسْتِيفَاؤُهَا بِالْوَطْءِ ولم يُوجَدْ وَلَا ضَرُورَةَ لها في التَّوَقُّفِ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَسْتَوْفِيَ أو يُطَلِّقَ فَإِنْ اسْتَوْفَى تَأَكَّدَ حَقُّهَا وَإِنْ طَلَّقَ يَفُوتُ عليها نِصْفُ الْمَهْرِ لَكِنْ بِعِوَضٍ هو خَيْرٌ لها لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه يَعُودُ عليها سَلِيمًا مع سَلَامَةِ نِصْفِ الْمَهْرِ لها بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ أَنَّهُ تَتَأَكَّدُ الْأُجْرَةُ فيها بِنَفْسِ التَّخْلِيَةِ وَلَا يَتَوَقَّفُ التَّأَكُّدُ على اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ لِأَنَّ في التَّوَقُّفِ هُنَاكَ ضرر (((ضررا))) بالأجر لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يُمْنَعَ الْمُسْتَأْجِرُ من اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ بَعْدَ التَّخْلِيَةِ فَلَوْ تَوَقَّفَ تَأَكُّدُ الْأُجْرَةِ على حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ وَرُبَّمَا لَا يستوفى لِفَائِتِ الْمَنَافِعِ عليه مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الأجر فَأُقِيمَ التَّمَكُّنُ من الِانْتِفَاعِ مَقَامَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن الْآجِرِ وَهَهُنَا لَا ضَرَرَ في التَّوَقُّفِ على ما بَيَّنَّا فَتَوَقَّفَ التَّأَكُّدُ على حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَتَأَكَّدُ
وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا منه شيئا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وقد أَفْضَى بَعْضُكُمْ إلَى بَعْضٍ }

نهى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الزَّوْجَ عن أَخْذِ شَيْءٍ مِمَّا سَاقَ إلَيْهَا من الْمَهْرِ عِنْدَ الطَّلَاقِ وَأَبَانَ عن مَعْنَى النَّهْيِ لِوُجُودِ الْخَلْوَةِ كَذَا قال الْفُرَّاءُ إنَّ الْإِفْضَاءَ هو الْخَلْوَةُ دخل بها أو لم يَدْخُلْ وَمَأْخَذُ اللَّفْظِ دَلِيلٌ على أَنَّ الْمُرَادَ منه الْخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ لِأَنَّ الْإِفْضَاءَ مَأْخُوذٌ من الْفَضَاءِ من الْأَرْضِ وهو الْمَوْضِعُ الذي لَا نَبَاتَ فيه وَلَا بِنَاءَ فيه وَلَا حَاجِزَ يَمْنَعُ عن إدْرَاكِ ما فيه فَكَانَ الْمُرَادُ منه

الْخَلْوَةَ على هذا الْوَجْهِ وَهِيَ التي لَا حَائِلَ فيها وَلَا مَانِعَ من الِاسْتِمْتَاعِ عَمَلًا بِمُقْتَضَى اللَّفْظِ فَظَاهِرُ النَّصِّ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ منه بِالطَّلَاقِ إلَّا أَنَّ سُقُوطَ النِّصْفِ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَقَبْلَ الْخَلْوَةِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ وَإِقَامَةَ الْمُتْعَةِ مَقَامَ نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ في نِكَاحٍ لَا تسيمة (((تسمية))) فيه ثَبَتَ بِدَلِيلٍ آخَرَ فَبَقِيَ حَالُ ما بَعْدَ الْخَلْوَةِ على ظَاهِرِ النَّصِّ

وروى عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَتِهِ وَنَظَرَ إلَيْهَا وَجَبَ الصَّدَاقُ دخل بها أو لم يَدْخُلْ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ

وَرُوِيَ عن زُرَارَةَ بن أبي أَوْفَى أَنَّهُ قال قَضَى الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ الْمَهْدِيُّونَ أَنَّهُ إذَا أَرْخَى السُّتُورَ وَأَغْلَقَ الْبَابَ فَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلًا وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ دخل بها أو لم يَدْخُلْ بها

وَحَكَى الطَّحَاوِيُّ في هذه الْمَسْأَلَةِ إجْمَاعَ الصَّحَابَةِ من الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ وَغَيْرِهِمْ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ قد وَجَبَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ أما في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ فَلَا شَكَّ فيه وَإِمَّا في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه فَلِمَا ذَكَرْنَا في مَسْأَلَةِ الْمُفَوَّضَةِ إلَّا أَنَّ الْوُجُوبَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ثَبَتَ مُوَسَّعًا وَيَتَضَيَّقُ عِنْدَ الْمُطَالَبَةِ وَالدَّيْنُ الْمُضَيَّقُ وَاجِبُ الْقَضَاءِ

قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الدَّيْنُ مُضَيَّقٌ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ مَتَى صَارَ مِلْكًا لها بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَالْمِلْكُ الثَّابِتُ لِإِنْسَانٍ لَا يَجُوزُ أَنْ يَزُولَ إلَّا بِإِزَالَةِ الْمَالِكِ أو بِعَجْزِهِ عن الِانْتِفَاعِ بِالْمَمْلُوكِ حَقِيقَةً إمَّا لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الْمَالِكِ أو لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلَى الْمَحَلِّ ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك فَلَا يَزُولُ إلَّا عِنْدَ الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَقَبْلَ الْخَلْوَةِ سَقَطَ النِّصْفُ بِإِسْقَاطِ الشَّرْعِ غَيْرُ مَعْقُولِ الْمَعْنَى إلَّا بِالطَّلَاقِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ فِعْلُ الزَّوْجِ وَالْمَهْرُ مِلْكُهَا وَالْإِنْسَانُ لَا يَمْلِكُ إسْقَاطَ حَقِّ الْغَيْرِ عن نَفْسِهِ وَلِأَنَّهَا سَلَّمَتْ الْمُبْدَلَ إلَى زَوْجِهَا فيحب (((فيجب))) على زَوْجِهَا تَسْلِيمُ الْبَدَلِ إلَيْهَا كما في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ

وَالدَّلِيلُ على أنها سَلَّمَتْ الْمُبْدَلَ أَنَّ الْمُبْدَلَ هو ما يُسْتَوْفَى بِالْوَطْءِ وهو الْمَنَافِعُ إلَّا أَنَّ الْمَنَافِعَ قبل الِاسْتِيفَاءِ مَعْدُومَةٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ تَسْلِيمُهَا لَكِنْ لها مَحَلٌّ مَوْجُودٌ وهو الْعَيْنُ وَأَنَّهَا مُتَصَوَّرُ التَّسْلِيمِ حَقِيقَةً فَيُقَامُ تَسْلِيمُ الْعَيْنِ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ كما في الْإِجَارَةِ وقد وُجِدَ تَسْلِيمُ الْمَحَلِّ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ هو جَعْلُ الشَّيْءِ سَالِمًا لِلْمُسَلَّمِ إلَيْهِ وَذَلِكَ بِرَفْعِ الْمَوَانِعِ وقد وُجِدَ لِأَنَّ الْكَلَامَ في الْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ وَهِيَ عِبَارَةٌ عن التَّمَكُّنِ من الِانْتِفَاعِ وَلَا يَتَحَقَّقُ التَّمَكُّنُ إلَّا بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْمَوَانِعِ كُلِّهَا فَثَبَتَ أَنَّهُ وُجِدَ منها تَسْلِيمُ الْمُبْدَلِ فَيَجِبُ على الزَّوْجِ تَسْلِيمُ الْبَدَلِ لِأَنَّ هذا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَأَنَّهُ يَقْتَضِي تَسْلِيمًا بِإِزَاءِ التَّسْلِيمِ كما يَقْتَضِي مِلْكًا بِإِزَاءِ مِلْكٍ تَحْقِيقًا بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ كما في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ

وَأَمَّا الْآيَةُ فقال بَعْضُ أَهْلِ التَّأْوِيلِ أنَّ الْمُرَادَ من الْمَسِيسِ هو الْخَلْوَةُ فَلَا تَكُونُ حُجَّةً على أَنَّ فيها إيجَابَ نِصْفِ الْمَفْرُوضِ لَا إسْقَاطَ النِّصْفِ الْبَاقِي أَلَا تَرَى أَنَّ من كان في يَدِهِ عَبْدٌ فقال نِصْفُ هذا الْعَبْدِ لِفُلَانٍ لَا يَكُونُ ذلك نَفْيًا لِلنِّصْفِ الْبَاقِي فَكَانَ حُكْمُ النِّصْفِ الْبَاقِي مَسْكُوتًا عنه فَبَقِيَتْ على قِيَامِ الدَّلِيلِ وقد قام الدَّلِيلُ على الْبَقَاءِ وهو ما ذَكَرْنَا فَيَبْقَى

وَأَمَّا قَوْلُهُ التَّأَكُّدُ إنَّمَا يَثْبُتُ بِاسْتِيفَاءِ الْمُسْتَحَقِّ فَمَمْنُوعٌ بَلْ كما يَثْبُتُ بِاسْتِيفَاءِ الْمُسْتَحَقِّ يَثْبُتُ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ كما في الْإِجَارَةِ وَتَسْلِيمُهُ بِتَسْلِيمِ مَحَلِّهِ وقد حَصَلَ ذلك بِالْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ على ما بَيَّنَّا ثُمَّ تَفْسِيرُ الْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ هو أَنْ لَا يَكُونَ هُنَاكَ مَانِعٌ من الْوَطْءِ لَا حَقِيقِيٌّ وَلَا شَرْعِيٌّ وَلَا طَبْعِيٌّ أَمَّا الْمَانِعُ الْحَقِيقِيُّ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الْجِمَاعَ أو صَغِيرًا لَا يُجَامِعُ مِثْلُهُ أو صَغِيرَةً لَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا أو كانت الْمَرْأَةُ رَتْقَاءَ أو قَرْنَاءَ لِأَنَّ الرَّتْقَ وَالْقَرْنَ يَمْنَعَانِ من الْوَطْءِ وَتَصِحُّ خَلْوَةُ الزَّوْجِ إنْ كان الزَّوْجُ عِنِّينًا أوخصيا لِأَنَّ

الْعُنَّةَ وَالْخِصَاءَ لَا يَمْنَعَانِ من الْوَطْءِ فَكَانَتْ خَلْوَتُهُمَا كَخَلْوَةِ غَيْرِهِمَا وَتَصِحُّ خَلْوَةُ الْمَجْبُوبِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا تَصِحُّ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجَبَّ يَمْنَعُ من الْوَطْءِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْخَلْوَةِ كَالْقَرْنِ وَالرَّتْقِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ

(2/292)

يُتَصَوَّرُ منه السَّحْقُ وَالْإِيلَادُ بهذا الطَّرِيقِ أَلَا تَرَى لو جَاءَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ منه بِالْإِجْمَاعِ وَاسْتَحَقَّتْ كَمَالَ الْمَهْرِ إنْ طَلَّقَهَا وَإِنْ لم يُوجَدْ منه الْوَطْءُ الْمُطْلَقُ فَيُتَصَوَّرُ في حَقِّهِ ارْتِفَاعُ الْمَانِعِ من وَطْءِ مِثْلِهِ فَتَصِحُّ خَلْوَتُهُ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ أَمَّا عِنْدَهُ فَلَا يُشْكِلُ لِأَنَّ الْخَلْوَةَ إذَا صَحَّتْ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْوَطْءِ في حَقِّ تَأَكُّدِ الْمَهْرِ فَفِي حَقِّ الْعِدَّةِ أَوْلَى لِأَنَّهُ يُحْتَاطُ في إيجَابِهَا وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ عليها الْعِدَّةَ عِنْدَهُمَا أَيْضًا
وقال أبو يُوسُفَ إنْ كان الْمَجْبُوبُ يُنْزِلُ فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْمَجْبُوبَ قد يَقْذِفُ بِالْمَاءِ فَيَصِلُ إلَى الرَّحِمِ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهِ فَتَجِبُ الْعِدَّةُ احْتِيَاطًا فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ ما بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ لَزِمَهُ وَوَجَبَ لها جَمِيعُ الصَّدَاقِ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ يَكُونُ حُكْمًا بِالدُّخُولِ فَيَتَأَكَّدُ الْمَهْرُ علي قَوْلِهِمَا أَيْضًا وَإِنْ كان لَا يُنْزِلُ فَلَا عِدَّةَ عليها فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَإِلَّا فَلَا يَثْبُتُ كَالْمُطَلَّقَةِ قبل الدُّخُولِ وكالمتعدة (((وكالمعتدة))) إذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
وَأَمَّا الْمَانِعُ الشَّرْعِيُّ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا صَائِمًا صَوْمَ رَمَضَانَ أو مُحْرِمًا بِحَجَّةِ فَرِيضَةٍ أو نَفْلٍ أو بِعُمْرَةٍ أو تَكُونُ الْمَرْأَةُ حَائِضًا أو نُفَسَاءَ لِأَنَّ كُلَّ ذلك مُحَرِّمٌ لِلْوَطْءِ فَكَانَ مَانِعًا من الْوَطْءِ شَرْعًا وَالْحَيْضُ وَالنِّفَاسُ يَمْنَعَانِ منه طَبْعًا أَيْضًا لِأَنَّهُمَا أَذًى وَالطَّبْعُ السَّلِيمُ يَنْفِرُ عن اسْتِعْمَالِ الْأَذَى
وَأَمَّا في غَيْرِ صَوْمِ رَمَضَانَ فَقَدْ رَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ صَوْمَ التَّطَوُّعِ وَقَضَاءَ رَمَضَانَ وَالْكَفَّارَاتِ وَالنُّذُورَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْخَلْوَةِ وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الْجَلِيلُ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّ نَفْلَ الصَّوْمِ كَفَرْضِهِ فَصَارَ في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْمُخْتَصَرِ أَنَّ صَوْمَ التَّطَوُّعِ يُحَرِّمُ الْفِطْرَ من غَيْرِ عُذْرٍ فَصَارَ كَحَجِّ التَّطَوُّعِ وَذَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْخَلْوَةِ كَذَا هذا
وَجْهُ رِوَايَةِ بِشْرٍ أَنَّ صَوْمَ غَيْرِ رَمَضَانَ مَضْمُونٌ بِالْقَضَاءِ لَا غير فلم يَكُنْ قَوِيًّا في مَعْنَى الْمَنْعِ بِخِلَافِ صَوْمِ رَمَضَانَ فإنه يَجِبُ فيه الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ وَكَذَا حَجُّ التَّطَوُّعِ فَقَوِيَ الْمَانِعُ
وَوَجْهٌ آخَرُ من الْفَرْقِ بين صَوْمِ التَّطَوُّعِ وَبَيْنَ صَوْمِ رَمَضَانَ أَنَّ تَحْرِيمَ الْفِطْرِ في صَوْمِ التَّطَوُّعِ من غَيْرِ عُذْرٍ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ لِكَوْنِهِ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ وَكَذَا لُزُومُ الْقَضَاءِ بِالْإِفْطَارِ فلم يَكُنْ مَانِعًا بِيَقِينٍ وَحُرْمَةُ الأفطار في صَوْمِ رَمَضَانَ من غَيْرِ عُذْرٍ مَقْطُوعٌ بها وَكَذَا لُزُومُ الْقَضَاءِ فَكَانَ مَانِعًا بِيَقِينٍ
وَأَمَّا الْمَانِعُ الطَّبْعِيُّ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَكْرَهُ أَنْ يُجَامِعَ امْرَأَتِهِ بِحَضْرَةِ ثَالِثٍ وَيَسْتَحِي فَيَنْقَبِضُ عن الْوَطْءِ بِمَشْهَدٍ منه وَسَوَاءٌ كان الثَّالِثُ بَصِيرًا أو أَعْمَى يقظا (((يقظانا))) أو نَائِمًا بَالِغًا أو صَبِيًّا بَعْدَ أَنْ كان عَاقِلًا رَجُلًا أو امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً أو مَنْكُوحَتَهُ لِأَنَّ الْأَعْمَى إنْ كان لَا يُبْصِرُ فَيُحِسُّ وَالنَّائِمُ يُحْتَمَلُ أَنْ يستيقظ (((يستيقظ))) سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَنْقَبِضُ

الْإِنْسَانُ عن الْوَطْءِ مع حُضُورِهِ وَالصَّبِيُّ الْعَاقِلُ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يَحْتَشِمُ الْإِنْسَانُ منه كما يَحْتَشِمُ من الرَّجُلِ وإذا لم يَكُنْ عَاقِلًا فَهُوَ مُلْحَقٌ بِالْبَهَائِمِ لَا يَمْتَنِعُ الْإِنْسَانُ عن الْوَطْءِ لِمَكَانِهِ وَلَا يَلْتَفِتُ إلَيْهِ وَالْإِنْسَانُ يَحْتَشِمُ من الْمَرْأَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ وَيَسْتَحِي
وَكَذَا لَا يَحِلُّ لها النَّظَرُ إلَيْهِمَا فَيَنْقَبِضَانِ لِمَكَانِهَا وإذا كان هُنَاكَ مَنْكُوحَةٌ له أُخْرَى أو تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فَخَلَا بِهِمَا فَلَا يَحِلُّ لها النَّظَرُ إلَيْهِمَا فَيَنْقَبِضُ عنها وقد قالوا إنَّهُ لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُجَامِعَ امْرَأَتَهُ بِمَشْهَدِ امْرَأَةٍ أُخْرَى وَلَوْ كان الثَّالِثُ جَارِيَةً له فَقَدْ روى أَنَّ مُحَمَّدًا كان يقول أَوَّلًا تَصِحُّ خَلْوَتُهُ ثُمَّ رَجَعَ وقال لَا تَصِحُّ

وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْأَمَةَ لَيْسَتْ لها حُرْمَةُ الْحُرَّةِ فَلَا يَحْتَشِمُ الْمَوْلَى منها وَلِذَا يَجُوزُ لها النَّظَرُ إلَيْهِ فَلَا تَمْنَعُهُ عن الْوَطْءِ
وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَخِيرِ أَنَّ الْأَمَةَ إنْ كان يَجُوزُ لها النَّظَرُ إلَيْهِ لَا يَجُوزُ لها النَّظَرُ إلَيْهَا فَتَنْقَبِضُ الْمَرْأَةُ لِذَلِكَ وَكَذَا قالوا لَا يَحِلُّ له الْوَطْءُ بِمَشْهَدٍ منها كما لَا يَحِلُّ بِمَشْهَدِ امْرَأَتِهِ الْأُخْرَى وَلَا خَلْوَةَ في الْمَسْجِدِ وَالطَّرِيقِ وَالصَّحْرَاءِ وَعَلَى سَطْحٍ لَا حِجَابَ عليه لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَجْمَعُ الناس لِلصَّلَاةِ وَلَا يُؤْمَنُ من الدُّخُولِ عليه سَاعَةً فَسَاعَةً وَكَذَا الْوَطْءُ في الْمَسْجِدِ حَرَامٌ قال اللَّهُ عز وجل { وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ في الْمَسَاجِدِ } وَالطَّرِيقُ مَمَرُّ الناس لَا تَخْلُو عَنْهُمْ عَادَةً وَذَلِكَ يُوجِبُ الإنقباض فَيَمْنَعُ الْوَطْءَ
وَكَذَا الصَّحْرَاءُ وَالسَّطْحُ من غَيْرِ حِجَابٍ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَنْقَبِضُ عن الْوَطْءِ في مِثْلِهِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَحْصُلَ هُنَاكَ ثَالِثٌ أو يَنْظُرُ إلَيْهِ أَحَدٌ مَعْلُومٌ ذلك بِالْعَادَةِ وَلَوْ خَلَا بها في حَجَلَةٍ أو قُبَّةٍ فَأَرْخَى السِّتْرَ عليه فَهُوَ خَلْوَةٌ صَحِيحَةٌ لِأَنَّ ذلك في مَعْنَى الْبَيْتِ وَلَا خَلْوَةَ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ لِأَنَّ الْوَطْءَ فيه حَرَامٌ فَكَانَ الْمَانِعُ الشَّرْعِيُّ قَائِمًا وَلِأَنَّ الْخَلْوَةَ مِمَّا يَتَأَكَّدُ بِهِ الْمَهْرُ وَتَأَكُّدُهُ بَعْدَ وُجُوبِهِ يَكُونُ وَلَا يَجِبُ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ شَيْءٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ التَّأَكُّدُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
ثُمَّ في كل مَوْضِعٍ صَحَّتْ الْخَلْوَةُ وَتَأَكَّدَ الْمَهْرُ وَجَبَتْ الْعِدَّةُ

لِأَنَّ الْخَلْوَةَ الصَّحِيحَةَ لَمَّا أَوْجَبَتْ كَمَالَ الْمَهْرِ فَلَأَنْ تُوجِبَ الْعِدَّةَ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَهْرَ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ وفي الْعِدَّةِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَيُحْتَاطُ فيها وفي كل مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فيه الْخَلْوَةُ لَا يَجِبُ كَمَالُ الْمَهْرِ وَهَلْ تَجِبُ الْعِدَّةُ يَنْظُرُ في ذلك إنْ كان الْفَسَادُ لِمَانِعٍ حَقِيقِيٍّ لَا تَجِبُ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ الْوَطْءُ مع وُجُودِ الْمَانِعِ الْحَقِيقِيِّ منه
وَإِنْ كان الْمَانِعُ شَرْعِيًّا أو طَبْعِيًّا تَجِبُ لِأَنَّ الْوَطْءَ مع وُجُودِ هذا النَّوْعِ من الْمَانِعِ مُمْكِنٌ فَيُتَّهَمَانِ في الْوَطْءِ فَتَجِبُ الْعِدَّةُ عِنْدَ الطَّلَاقِ احْتِيَاطًا وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
وَأَمَّا التَّأَكُّدُ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ إذَا مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ أَنَّهُ يَتَأَكَّدُ الْمُسَمَّى سَوَاءٌ كانت الْمَرْأَةُ حُرَّةً أو أَمَةً لِأَنَّ الْمَهْرَ كان وَاجِبًا بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ لم يَنْفَسِخْ بِالْمَوْتِ بَلْ انْتَهَى نِهَايَتَهُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لِلْعُمْرِ فَتَنْتَهِي نِهَايَتُهُ عِنْدَ انْتِهَاءِ الْعُمْرِ وإذا انْتَهَى يَتَأَكَّدُ فِيمَا مَضَى وَيَتَقَرَّرُ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ يَتَقَرَّرُ بِمَجِيءِ اللَّيْلِ فَيَتَقَرَّرُ الْوَاجِبُ وَلِأَنَّ

كُلَّ الْمَهْرِ لِمَّا وَجَبَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ صَارَ دَيْنًا عليه وَالْمَوْتُ لم يُعْرَفْ مُسْقِطًا لِلدَّيْنِ في أُصُولِ الشَّرْعِ فَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ منه بِالْمَوْتِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ وَكَذَا إذَا قُتِلَ أَحَدُهُمَا سَوَاءٌ كان قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ أو قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أو قَتَلَ الزَّوْجُ نَفْسَهُ

فَأَمَّا إذَا قَتَلَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا فَإِنْ كانت حُرَّةً لَا يَسْقُطُ عن الزَّوْجِ شَيْءٌ من الْمَهْرِ بَلْ يَتَأَكَّدُ الْمَهْرُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ يَسْقُطُ الْمَهْرُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنها بِالْقَتْلِ فَوَّتَتْ على الزَّوْجِ حَقَّهُ في الْمُبْدَلِ فَيَسْقُطُ حَقُّهَا في الْبَدَلِ كما إذَا ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ أو قَبَّلَتْ ابْنَ زَوْجِهَا أو أَبَاهُ
وَلَنَا أَنَّ الْقَتْلَ إنَّمَا يَصِيرُ تَفْوِيتًا لِلْحَقِّ عِنْدَ زُهُوقِ الرُّوحِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ قَتْلًا في حَقِّ الْمَحَلِّ عِنْدَ ذلك وَالْمَهْرُ في تِلْكَ الْحَالَةِ مِلْكُ الْوَرَثَةِ فَلَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِفِعْلِهَا كما إذَا قَتَلَهَا زَوْجُهَا أو أَجْنَبِيٌّ بِخِلَافِ الرِّدَّةِ وَالتَّقْبِيلِ لِأَنَّ الْمَهْرَ وَقْتَ التَّقْبِيلِ وَالرِّدَّةِ كان مِلْكَهَا فَاحْتَمَلَ السُّقُوطَ بِفِعْلِهَا كما إذَا قَتَلَهَا زَوْجُهَا أو قَتَلَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ سَقَطَ مَهْرُهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَسْقُطُ بَلْ يَتَأَكَّدُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَوْتَ مُؤَكِّدٌ لِلْمَهْرِ وقد وُجِدَ الْمَوْتُ لِأَنَّ الْمَقْتُولَ مَيِّتٌ بِأَجَلِهِ فَيَتَأَكَّدُ بِالْمَوْتِ كما إذَا قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ أو قَتَلَهَا زَوْجُهَا وَكَالْحُرَّةِ إذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا وَلِأَنَّ الْمَوْتَ إنَّمَا أَكَّدَ الْمَهْرَ لِأَنَّهُ يَنْتَهِي بِهِ النِّكَاحُ وَالشَّيْءُ إذَا انْتَهَى نِهَايَتَهُ يَتَقَرَّرُ وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في الْقَتْلِ لِأَنَّهُ يَنْتَهِي بِهِ النِّكَاحُ فَيَتَقَرَّرُ بِهِ الْمُبْدَلُ وَتَقَرُّرُ الْمُبْدَلِ يُوجِبُ تَقَرُّرَ الْبَدَلِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ من له الْبَدَلُ فَوَّتَ الْمُبْدَلَ على صَاحِبِهِ وَتَفْوِيتُ الْمُبْدَلِ على صَاحِبِهِ يُوجِبُ سُقُوطَ الْبَدَلِ كَالْبَائِعِ إذَا أَتْلَفَ الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ أَنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا وَلَا شَكَّ أَنَّهُ وُجِدَ تَفْوِيتُ الْمُبْدَلِ مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ الْبَدَلَ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ لِلْمُبْدَلِ هو الْمَوْلَى وقد أَخْرَجَ الْمُبْدَلَ عن كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لِلزَّوْجِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّ هذا يُوجِبُ سُقُوطَ الْبَدَلِ أَنَّ الزَّوْجَ لَا يَرْضَى بِمِلْكِ الْبَدَلِ عليه بَعْدَ فَوَاتِ الْمُبْدَلِ عن مِلْكِهِ فَكَانَ إيفَاءُ الْبَدَلِ عليه بَعْدَ زَوَالِ الْمُبْدَلِ عن مكله
(((ملكه))) إضْرَارًا بِهِ وَالْأَصْلُ في الضَّرَرِ أَنْ لَا يَكُونَ فَكَانَ إقْدَامُ الْمَوْلَى على تَفْوِيتِ الْمُبْدَلِ عن مِلْكِ الزَّوْجِ وَالْحَالَةُ هذه إسْقَاطًا لِلْبَدَلِ دَلَالَةً فَصَارَ كما لو أَسْقَطَهُ نَصًّا بِالْإِبْرَاءِ بِخِلَافِ الْحُرَّةِ إذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا لِأَنَّهَا وَقْتَ فَوَاتِ الْمُبْدَلِ لم تَكُنْ مُسْتَحِقَّةً لِلْبَدَلِ لِانْتِقَالِهِ إلَى الْوَرَثَةِ على ما بَيَّنَّا وَالْإِنْسَانُ لَا يَمْلِكُ إسْقَاطَ حَقِّ غَيْرِهِ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ وَقْتَ فَوَاتِ الْمُبْدَلِ على الزَّوْجِ مِلْكُ الْمَوْلَى وَحَقُّهُ وَالْإِنْسَانُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مِلْكِ نَفْسِهِ اسْتِيفَاءً وَإِسْقَاطًا فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلسُّقُوطِ بِتَفْوِيتِ الْمُبْدَلِ دَلَالَةً كما كان مُحْتَمِلًا لِلسُّقُوطِ بِالْإِسْقَاطِ نَصًّا بِالْإِبْرَاءِ وهو الْجَوَابُ عَمَّا إذَا قَتَلَهَا زَوْجُهَا أو أَجْنَبِيٌّ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْأَجْنَبِيِّ وَلَا لِلزَّوْجِ في مَهْرِهَا فَلَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِإِسْقَاطِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِإِسْقَاطِهِمَا نَصًّا فَكَيْفَ يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بين هذه الْفُصُولِ أَنَّ قَتْلَ الْحُرَّةِ نَفْسَهَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ من أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَصَارَ كَمَوْتِهَا حَتْفَ أَنْفِهَا حتى قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ أنها تُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عليها كما لو مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا وَقَتْلُ الْمَوْلَى أَمَتَهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ الْكَفَّارَةِ وَقَتْلُ الْأَجْنَبِيِّ إيَّاهَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ الْقِصَاصِ إنْ كان عَمْدًا وَالدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ إنْ كان خَطَأً فلم يَكُنْ قَتْلُهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ
هذا إذَا قَتَلَهَا الْمَوْلَى
فَأَمَّا إذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ فيه رِوَايَتَانِ رَوَى أبو يُوسُفَ عنه أَنَّهُ لَا مَهْرَ لها وَرَوَى مُحَمَّدٌ عنه أَنَّ لها الْمَهْرَ وهو قَوْلُهُمَا

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى إن قَتْلَهَا نَفْسَهَا بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ الْمَوْلَى إيَّاهَا بِدَلِيلِ أَنَّ جِنَايَتَهَا كَجِنَايَتِهِ في بَابِ الضَّمَانِ لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ بِمَالِ الْمَوْلَى وَلَوْ قَتَلَهَا الْمَوْلَى يَسْقُطُ الْمَهْرُ

(2/294)

عِنْدَهُ فَكَذَا إذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْبَدَلَ حَقُّ الْمَوْلَى وَمِلْكُهُ فَتَفْوِيتُ الْمُبْدَلِ منها لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ حَقِّ الْمَوْلَى بِخِلَافِ جِنَايَةِ الْمَوْلَى وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بين الْجِنَايَتَيْنِ أَنَّ جِنَايَتَهَا على نَفْسِهَا هَدَرٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ من أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ وَصَارَتْ كَأَنَّهَا مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا بِخِلَافِ جِنَايَةِ الْمَوْلَى عليها فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ بِالْكَفَّارَةِ وَهِيَ من أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَكَانَتْ جِنَايَتُهُ عليها مُعْتَبَرَةً فَلَا تُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ وَاَللَّهُ عز وجل الْمُوَفِّقُ
وإذا تَأَكَّدَ الْمَهْرُ بِأَحَدِ الْمَعَانِي التي ذَكَرْنَاهَا لايسقط بَعْدَ ذلك وَإِنْ كانت الْفُرْقَةُ من قِبَلِهَا لِأَنَّ الْبَدَلَ بَعْدَ تَأَكُّدِهِ لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ إلَّا بِالْإِبْرَاءِ كَالثَّمَنِ إذَا تَأَكَّدَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَأَمَّا إذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه فإنه يَتَأَكَّدُ مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا وهو مَذْهَبُ عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما وَعَنْ عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ لها الْمُتْعَةَ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ إلَّا أَنَّهُ قال مُتْعَتُهَا ما اسْتَحَقَّتْ من الْمِيرَاثِ لَا غير
احْتَجَّ من قال بِوُجُوبِ الْمُتْعَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ }
وَقَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ } إلَى قَوْلِهِ عز وجل { فَمَتِّعُوهُنَّ } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالْمُتْعَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين حَالِ الْمَوْتِ وَغَيْرِهَا وَالنَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ في الطَّلَاقِ لَكِنَّهُ يَكُونُ وَارِدًا في الْمَوْتِ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ في صَرِيحِ الطَّلَاقِ ثُمَّ ثَبَتَ حُكْمُهُ في الكنايات
(((الكنابات))) من الْإِبَانَةِ وَالتَّسْرِيحِ وَالتَّحْرِيمِ وَنَحْوِ ذلك كَذَا هَهُنَا
وَلَنَا ما رَوَيْنَا عن مَعْقِلِ بن سِنَانٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قَضَى في بِرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ وقد مَاتَ عنها زَوْجُهَا قبل أَنْ يَدْخُلَ بها بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَلِأَنَّ الْمَعْنَى الذي له وَجَبَ كُلُّ الْمُسَمَّى بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ مَوْجُودٌ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه وهو ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَا حُجَّةَ له في الْآيَةِ لِأَنَّ فيها إيجَابَ الْمُتْعَةِ في الطَّلَاقِ لَا في الْمَوْتِ فَمَنْ ادَّعَى إلْحَاقَ الْمَوْتِ بِالطَّلَاقِ فَلَا بُدَّ له من دَلِيلٍ آخَرَ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَسْقُطُ بِهِ كُلُّ الْمَهْرِ فَالْمَهْرُ كُلُّهُ يَسْقُطُ بِأَسْبَابٍ أَرْبَعَةٍ منها الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ قبل الدُّخُولِ بِالْمَرْأَةِ وَقَبْلَ الْخَلْوَةِ بها فَكُلُّ فُرْقَةٍ حَصَلَتْ بِغَيْرِ طَلَاقٍ قبل الدُّخُولِ وَقَبْلَ الْخَلْوَةِ تُسْقِطُ جَمِيعَ الْمَهْرِ سَوَاءٌ كانت من قِبَلِ الْمَرْأَةِ أو من قِبَلِ الزَّوْجِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بِغَيْرِ طَلَاقٍ تَكُونُ فَسْخًا لِلْعَقْدِ وَفَسْخُ الْعَقْدِ قبل الدُّخُولِ يُوجِبُ سُقُوطَ كل الْمَهْرِ لِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ رَفْعُهُ من الْأَصْلِ وَجَعْلُهُ كَأَنْ لم يَكُنْ وَسَنُبَيِّنُ الْفُرْقَةَ التي تَكُونُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَاَلَّتِي تَكُونُ بِطَلَاقٍ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهَا
وَمِنْهَا الْإِبْرَاءُ عن كل الْمَهْرِ قبل الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ إذَا كان الْمَهْرُ دَيْنًا لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ وَالْإِسْقَاطُ مِمَّنْ هو من أَهْلِ الْإِسْقَاطِ في مَحَلٍّ قَابِلٍ لِلسُّقُوطِ يُوجِبُ

السُّقُوطَ
وَمِنْهَا الْخُلْعُ على الْمَهْرِ قبل الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ثُمَّ إنْ كان الْمَهْرُ غير مَقْبُوضٍ سَقَطَ عن الزَّوْجِ وَإِنْ كان مَقْبُوضًا رَدَّتْهُ على الزَّوْجِ وَإِنْ كان خَالَعَهَا على مَالٍ سِوَى الْمَهْرِ يَلْزَمُهَا ذلك الْمَالُ وَيَبْرَأُ الزَّوْجُ عن كل حَقٍّ وَجَبَ لها عليه بِالنِّكَاحِ كَالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْخُلْعَ وَإِنْ كان طَلَاقًا بِعِوَضٍ عِنْدَنَا لَكِنْ فيه مَعْنَى الْبَرَاءَةِ لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَسْأَلَةِ الْمُخَالَعَةِ وَالْمُبَارَأَةِ في كِتَابِ الطَّلَاقِ في بَيَانِ حُكْمِ الْخُلْعِ وَعَمَلِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا هِبَةُ كل الْمَهْرِ قبل الْقَبْضِ عَيْنًا كان أو دَيْنًا وَبَعْدَهُ إذَا كان عَيْنًا وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في هِبَةِ الْمَهْرِ أَنَّ الْمَهْرَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنًا وهو أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا مُشَارًا إلَيْهِ مِمَّا يَصِحُّ تَعْيِينُهُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا وهو أَنْ يَكُونَ في الذِّمَّةِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ مُعَيَّنَةً كانت أو غير مُعَيَّنَةٍ وَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ في الذِّمَّةِ وَالْحَيَوَانِ في الذِّمَّةِ كَالْعَبْدِ وَالْفَرَسِ وَالْعَرْضِ في الذِّمَّةِ كَالثَّوْبِ الْهَرَوِيِّ وَالْحَالُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ قبل الْقَبْضِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْقَبْضِ وَهَبَتْ كُلَّ الْمَهْرِ أو بَعْضَهُ فَإِنْ وَهَبَتْهُ كُلَّ الْمَهْرِ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَا شَيْءَ له عليها سَوَاءٌ كان الْمَهْرُ عَيْنًا أو دَيْنًا في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ
وقال زُفَرُ يَرْجِعُ عليها بِنِصْفِ الْمَهْرِ إنْ كان دَيْنًا وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أنها بِالْهِبَةِ تَصَرَّفَتْ في الْمَهْرِ بِالْإِسْقَاطِ وَإِسْقَاطُ الدَّيْنِ اسْتِهْلَاكُهُ وَالِاسْتِهْلَاكُ يَتَضَمَّنُ الْقَبْضَ فَصَارَ كَأَنَّهَا قَبَضَتْ ثُمَّ وَهَبَتْ
وَلَنَا أَنَّ الذي يَسْتَحِقُّهُ الزَّوْجُ بِالطَّلَاقِ قبل الْقَبْضِ عَادَ إلَيْهِ من جِهَتِهَا بِسَبَبٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ نِصْفَ الْمَهْرِ فَقَدْ عَادَ إلَيْهِ بِالْهِبَةِ

وَالْهِبَةُ لَا تُوجِبُ الضَّمَانَ فَلَا يَكُونُ له حَقُّ الرُّجُوعِ عليها بِالنِّصْفِ كَالنِّصْفِ الْآخَرِ
وَإِنْ وَهَبَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كان الْمَوْهُوبُ عَيْنًا فَقَبَضَهُ ثُمَّ وَهَبَهُ منها لم يَرْجِعْ عليها بِشَيْءٍ لِأَنَّ ما تَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ هو نِصْفُ الْمَوْهُوبِ بِعَيْنِهِ وقد رَجَعَ إلَيْهِ بِعَقْدٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ عليها وَإِنْ كانت دَيْنًا في الذِّمَّةِ فَإِنْ كان حَيَوَانًا أو عَرَضًا فَكَذَلِكَ لَا يَرْجِعُ عليها بِشَيْءٍ لِأَنَّ الذي تَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ نِصْفُ ذلك الشَّيْءِ بِعَيْنِهِ من الْعَبْدِ وَالثَّوْبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ تَعَيَّنَ بِالْعَقْدِ
وَإِنْ كان دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ مُعَيَّنَةً أو غير مُعَيَّنَةٍ أو مَكِيلًا أو مَوْزُونًا سِوَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَقَبَضَتْهُ ثُمَّ وَهَبَتْهُ منه ثُمَّ طَلَّقَهَا يَرْجِعُ عليها بِمِثْلِ نِصْفِهِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالطَّلَاقِ ليس هو الذي وَهَبَتْهُ بِعَيْنِهِ بَلْ مِثْلُهُ بِدَلِيلِ أنها كانت مُخَيَّرَةً في الدَّفْعِ إنْ شَاءَتْ دَفَعَتْ ذلك بِعَيْنِهِ وَإِنْ شَاءَتْ دَفَعَتْ مثله كما كان الزَّوْجُ مُخَيَّرًا في الدَّفْعِ إلَيْهَا بِالْعَقْدِ فلم يَكُنِ الْعَائِدُ إلَيْهِ عَيْنَ ما يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فَصَارَ كَأَنَّهَا وَهَبَتْ مَالًا آخَرَ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَرَجَعَ عليها بِمِثْلِ نِصْفِ الصَّدَاقِ كَذَا هذا
وقال زُفَرُ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ إذَا كانت مُعَيَّنَةً فَقَبَضَتْهَا ثُمَّ وَهَبَتْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا أَنَّهُ لَا رُجُوعَ لِلزَّوْجِ عليها بِشَيْءٍ بِنَاءً على أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ عِنْدَهُ تَتَعَيَّنُ

بِالْعَقْدِ فَتَتَعَيَّنُ بِالْفَسْخِ أَيْضًا كَالْعُرُوضِ وَعِنْدَنَا لَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ فَلَا تَتَعَيَّنُ بِالْفَسْخِ وَالْمَسْأَلَةُ سَتَأْتِي في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَكَذَلِكَ إذَا كان الْمَهْرُ دَيْنًا فَقَبَضَتْ الْكُلَّ ثُمَّ وَهَبَتْ الْبَعْضَ فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ عليها بِنِصْفِ الْمَقْبُوضِ لِأَنَّ له أَنْ يَرْجِعَ عليها إذَا وَهَبَتْ الْكُلَّ فإذا وَهَبَتْ الْبَعْضَ أَوْلَى وإذا قَبَضَتْ النِّصْفَ ثُمَّ وَهَبَتْ النِّصْفَ الْبَاقِيَ أو وَهَبَتْ الْكُلَّ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها قال أبو حَنِيفَةَ لَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ عليها بِشَيْءٍ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَرْجِعُ عليها بِرُبُعِ الْمَهْرِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ نِصْفُ الْمَهْرِ فإذا قَبَضَتْ النِّصْفَ دُونَ النِّصْفِ فَقَدْ استحقق (((استحق))) النِّصْفَ مُشَاعًا فِيمَا في ذِمَّتِهِ وَفِيمَا قَبَضَتْ فَكَانَ نِصْفُ النِّصْفِ وهو رُبُعُ الْكُلِّ في ذِمَّتِهِ وَنِصْفُ النِّصْفِ فِيمَا قَبَضَتْ إلَّا أنها إذَا لم تَكُنْ وَهَبَتْهُ حتى طَلَّقَهَا لم يَرْجِعْ عليها بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ صَارَ ما في ذِمَّتِهِ قِصَاصًا بِمَالِهِ عليها فإذا وهب (((وهبت))) بَقِيَ حَقُّهُ في نِصْفِ ما في يَدِهَا وهو الرُّبُعُ فَيَرْجِعُ عليها بِذَلِكَ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذي يَسْتَحِقُّهُ الزَّوْجُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ ما في ذِمَّتِهِ بِدَلِيلِ أنها لو لم تَكُنْ وَهَبَتْ وَطَلَّقَهَا لم يَرْجِعْ عليها بِشَيْءٍ وقد عَادَ إلَيْهِ ما كان في ذِمَّتِهِ بِسَبَبٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ وهو الْهِبَةُ فَلَا يَكُونُ له الرُّجُوعُ بِشَيْءٍ وَلَوْ كان الْمَهْرُ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ أو جَنَى عليها فَوَجَبَ الأطريش (((الأرش))) أو كان شَجَرًا فَأَثْمَرَ أو دَخَلَهُ عَيْبٌ ثُمَّ وَهَبَتْهُ منه ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها رَجَعَ عليها بِنِصْفِ الْقِيمَةِ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ يَنْقَطِعُ عن الْعَيْنِ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ له أَخْذُهَا مع الزِّيَادَةِ وإذا كان حَقُّهُ مُنْقَطِعًا عنها لم يَعُدْ إلَيْهِ بِالْهِبَةِ ما اسْتَحَقَّهُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ له قِيمَتُهَا وإذا حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ فالحق وَإِنْ لم يَنْقَطِعْ عن الْعَيْنِ بِهِ لَكِنْ يَجُوزُ له تَرْكُهُ مع الْعَيْبِ فلم يَكُنْ الْحَقُّ مُتَعَلِّقًا بِالْعَيْنِ على سَبِيلِ اللُّزُومِ ولم يَكُنْ الْوَاصِلُ إلَى الزَّوْجِ عَيْنَ ما يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ وَلَوْ كانت الزِّيَادَةُ في بَدَنِهَا فَوَهَبَتْهَا له ثُمَّ طَلَّقَهَا كان له أَنْ يَضْمَنَهَا في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَأَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ بِنَاءً على أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ لَا تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ تَمْنَعُ وإذا بَاعَتْهُ الْمَهْرَ أو وَهَبَتْهُ على عِوَضٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا رَجَعَ عليها بِمِثْلِ نِصْفِهِ فِيمَا له مِثْلٌ وَبِنِصْفِ الْقِيمَةِ فِيمَا لَا مِثْلَ له لِأَنَّ الْمَهْرَ عَادَ إلَى الزَّوْجِ بِسَبَبٍ يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ فَوَجَبَ له الرُّجُوعُ وإذا ثَبَتَ له الرُّجُوعُ ضَمِنَهَا كما لو بَاعَتْهُ من أَجْنَبِيٍّ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الزَّوْجُ من الْأَجْنَبِيِّ ثُمَّ إنْ كانت بَاعَتْ قبل الْقَبْضِ فَعَلَيْهَا نِصْفُ الْقِيمَةِ يوم الْبَيْعِ لِأَنَّهُ دخل في ضَمَانِهَا بِالْبَيْعِ وَإِنْ كانت قَبَضَتْ ثُمَّ بَاعَتْ فَعَلَيْهَا نِصْفُ الْقِيمَةِ يوم الْقَبْضِ لِأَنَّهُ دخل في ضَمَانِهَا بِالْقَبْضِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَسْقُطُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ فما يَسْقُطُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَسْقُطُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ صُورَةً وَمَعْنًى
وَنَوْعٌ يَسْقُطُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ مَعْنًى وَالْكُلُّ صُورَةً أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَهُوَ الطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ وَالْمَهْرُ دَيْنٌ لم يُقْبَضْ بَعْدُ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ قد يَسْقُطُ بِهِ عن الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَهْرِ وقد يَعُودُ بِهِ إلَيْهِ النِّصْفُ وقد يَكُونُ له بِهِ مِثْلُ النِّصْفِ صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى لَا صُورَةً وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ أَنَّ الْمَهْرَ الْمُسَمَّى إمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنًا وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غير

مَقْبُوضٍ فَإِنْ كان دَيْنًا فلم يَقْبِضْهُ حتى طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها سَقَطَ نِصْفُ الْمُسَمَّى بِالطَّلَاقِ وَبَقِيَ النِّصْفُ
هذا طَرِيقُ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ وقال بَعْضُهُمْ إنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُولِ يُسْقِطُ جَمِيعَ الْمُسَمَّى وَإِنَّمَا يَجِبُ نِصْفٌ آخَرُ ابْتِدَاءً على طَرِيقَةِ الْمُتْعَةِ لَا بِالْعَقْدِ إلَّا أَنَّ هذه الْمُتْعَةَ مُقَدَّرَةٌ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى وَالْمُتْعَةُ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَإِلَى هذا الطَّرِيقِ ذَهَبَ الْكَرْخِيُّ وَالرَّازِي وَكَذَا رُوِيَ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ أَنَّهُ قال في الذي طَلَّقَ قبل الدُّخُولِ وقد سَمَّى لها أن لها نِصْفَ الْمَهْرِ وَذَلِكَ مُتْعَتُهَا
وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ } أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى الْمُتْعَةَ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما إذَا كان في النِّكَاحِ تَسْمِيَةٌ أو لم يَكُنْ إلَّا أَنَّ هذه الْمُتْعَةَ قُدِّرَتْ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى بِدَلِيلٍ آخَرَ وهو قَوْلُهُ عز وجل { فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } وَلِأَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ
لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه عَادَ سَلِيمًا إلَى الْمَرْأَةِ وَسَلَامَةُ الْمُبْدَلِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْبَدَلِ لِلْآخَرِ كما في الْإِقَالَةِ في بَابِ الْبَيْعِ قبل الْقَبْضِ وهذ لِأَنَّ الْمُبْدَلَ إذَا عَادَ سَلِيمًا إلَى الْمَرْأَةِ فَلَوْ لم تُسَلِّمْ الْبَدَلَ إلَى الزَّوْجِ لَاجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ في مِلْكٍ وَاحِدٍ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ
وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا الْمَعْنَى سَقَطَ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي بِالْإِقَالَةِ قبل الْقَبْضِ كَذَا الْمَهْرُ
وَلِعَامَّةِ الْمَشَايِخِ قَوْلُهُ عز وجل { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } أَوْجَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى نِصْفَ الْمَفْرُوضِ فَإِيجَابُ نِصْفٍ آخَرَ على طَرِيقِ الْمُتْعَةِ إيجَابُ ما ليس بِمَفْرُوضٍ وَهَذَا خِلَافُ النصل (((النص))) وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ تَصَرُّفٌ في الْمِلْكِ بِالْإِبْطَالِ وَضْعًا لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لِرَفْعِ الْقَيْدِ وهو الْمِلْكُ فَكَانَ تَصَرُّفًا في الْمِلْكِ ثُمَّ إذَا بَطَلَ الْمِلْكُ لَا يَبْقَى النِّكَاحُ في الْمُسْتَقْبَلِ وَيَنْتَهِي لِعَدَمِ فَائِدَةِ الْبَقَاءِ وَيَتَقَرَّرُ فِيمَا مَضَى بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ إسْقَاطُ الْمِلْكِ فَيَكُونُ تَصَرُّفًا في الْمِلْكِ ثُمَّ السَّبَبُ يَنْتَهِي في الْمُسْتَقْبَلِ لِعَدَمِ فَائِدَةِ الْبَقَاءِ وَيَتَقَرَّرُ فِيمَا مَضَى كَذَا الطَّلَاقُ وكان يَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ من الْمَهْرِ كما لَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ إلَّا أَنَّ سُقُوطَ النِّصْفِ ثَبَتَ بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِإِحْدَاثِ مِلْكِ الْمُتْعَةِ جَبْرًا لِلذُّلِّ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَبِالطَّلَاقِ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْمِلْكَ لم يَكُنْ إلَّا أَنَّهُ سَقَطَ بِالنَّصِّ
وَأَمَّا النَّصُّ فَقَدْ قِيلَ إنَّهُ مَنْسُوخٌ بِالنَّصِّ الذي في سُورَةِ الْبَقَرَةِ وهو قَوْلُهُ عز وجل { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ } الْآيَةَ أو يُحْمَلُ الْأَمْرُ بِالتَّمَتُّعِ على النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ أو يُحْمَلُ على الطَّلَاقِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ وَقَوْلُهُمْ الطَّلَاقُ فَسْخُ النِّكَاحِ مَمْنُوعٌ بَلْ هو تَصَرُّفٌ في الْمِلْكِ بِالْقَطْعِ وَالْإِبْطَالِ فَيَظْهَرُ أَثَرُهُ في الْمُسْتَقْبَلِ كَالْإِعْتَاقِ
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه ما عَادَ إلَى الْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه هو مِلْكُ الْمُتْعَةِ وَأَنَّهُ لَا يَعُودُ إلَى الْمَرْأَةِ بَلْ يَبْطُلُ مِلْكُ الزَّوْجِ عن الْمُتْعَةِ بِالطَّلَاقِ وَيَصِيرُ لها في الْمُسْتَقْبَلِ إلَّا أَنْ يَعُودَ أو يُقَالُ إنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُولِ يُشْبِهُ الْفَسْخَ لِمَا قالوا وَيُشْبِهُ الْإِبْطَالَ لِمَا قُلْنَا وَشِبْهُ الْفَسْخِ يَقْتَضِي سُقُوطَ كل الْبَدَلِ كما في الْإِقَالَةِ قبل الْقَبْضِ وَشِبْهُ الْإِبْطَالِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ من الْبَدَلِ كما في الْإِعْتَاقِ قبل الْقَبْضِ فينتصف (((فيتنصف))) تَوْفِيرُ

الْحُكْمِ على الشَّبَهَيْنِ عَمَلًا بِهِمَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَالدَّلِيلُ على صِحَّةِ هذا الطَّرِيقِ ما ظَهَرَ من الْقَوْلِ عن أَصْحَابِنَا فِيمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على خَمْسٍ من الْإِبِلِ السَّائِمَةِ وَسَلَّمَهَا إلَى الْمَرْأَةِ فَحَالَ عليها الْحَوْلُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها أَنَّهُ يَسْقُطُ عنها نِصْفُ الزَّكَاةِ
وَلَوْ سَقَطَ الْمُسَمَّى كُلُّهُ ثُمَّ وَجَبَ نِصْفُهُ بِسَبَبٍ آخَرَ لَسَقَطَ كُلُّ الزَّكَاةِ وَلِأَنَّ الْقَوْلَ بِسُقُوطِ كل الْمَهْرِ ثُمَّ يُوجِبُ نِصْفَهُ غَيْرُ مُفِيدٍ وَالشَّرْعُ لَا يَرِدُ بِمَا لَا فَائِدَةَ فيه وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ شَرَطَ مع الْمُسَمَّى الذي هو مَالٌ ما ليس بِمَالٍ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَعَلَى أَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ الْأُخْرَى أو على أَنْ لَا يُخْرِجَهَا من بَلَدِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى وَسَقَطَ الشَّرْطُ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ إذَا لم يَقَعْ الوفاءبه يَجِبُ تَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ لَا يَثْبُتُ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ فلم يَبْقَ إلَّا الْمُسَمَّى فَيَتَنَصَّفُ
وَكَذَلِكَ إنْ شَرَطَ مع الْمُسَمَّى شيئا مَجْهُولًا كما إذَا تَزَوَّجَهَا على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَكَرَامَتِهَا أو على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَنْ يُهْدِيَ إلَيْهَا هَدِيَّةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ إذَا لم يَفِ بِالْكَرَامَةِ وَالْهَدِيَّةِ يَجِبُ تَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ لَا مَدْخَلَ له في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ هذا الشَّرْطِ
وَكَذَلِكَ لو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ أو على أَلْفَيْنِ حتى وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا الْأَقَلُّ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهَا نِصْفُ الْأَلْفِ بِالْإِجْمَاعِ

أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلِأَنَّ الْوَاجِبَ هو مَهْرُ الْمِثْلِ وَأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْوَاجِبَ هو الْأَقَلُّ فَيَتَنَصَّفُ وَكَذَلِكَ لو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ إنْ لم يَكُنْ له امْرَأَةٌ وَعَلَى أَلْفَيْنِ إنْ كانت له امْرَأَةٌ حتى فَسَدَ الشَّرْطُ الثَّانِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُ الْأَقَلِّ لِمَا قُلْنَا وَعِنْدَهُمَا الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ فَأَيُّهُمَا وُجِدَ فَلَهَا نِصْفُ ذلك بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ
وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على أَقَلَّ من عَشَرَةٍ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهَا نِصْفُ ما سَمَّى وَتَمَامُ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ ما دُونَ الْعَشَرَةِ تَسْمِيَةٌ لِلْعَشَرَةِ عِنْدَنَا فَكَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على ذلك الشَّيْءِ وَتَمَامِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ
وَإِنْ كان قَبَضَتْهُ فَإِنْ كان دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ مُعَيَّنَةً أو غير مُعَيَّنَةٍ أو كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا في الذِّمَّةِ فَقَبَضَتْهُ وهو قَائِمٌ في يَدِهَا فَطَلَّقَهَا فَعَلَيْهَا رَدُّ نِصْفِ الْمَقْبُوضِ وَلَيْسَ عليها رَدُّ عَيْنِ ما قَبَضَتْ لِأَنَّ عَيْنَ الْمَقْبُوضِ لم يَكُنْ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ فَلَا يَكُنْ وَاجِبًا بِالْفَسْخِ
وَأَمَّا على أَصْلِ زُفَرَ فَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ فَتَتَعَيَّنُ بِالْفَسْخِ فَعَلَيْهَا رَدُّ نِصْفِ عَيْنِ المقبوض (((المقبوض))) إنْ كان قَائِمًا
وَإِنْ كان عَبْدًا وَسَطًا أو ثَوْبًا وَسَطًا فَسَلَّمَهُ إلَيْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَعَلَيْهَا رَدُّ نِصْفِ الْمَقْبُوضِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا مِثْلَ له وَالْأَصْلُ فِيمَا لَا مِثْلَ له أَنَّهُ لَا يَجِبُ في الذِّمَّةِ إلَّا أَنَّهُ وَجَبَ الْوَسَطُ منه في الذِّمَّةِ وَتَحَمَّلَتْ الْجَهَالَةَ فيه لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فإذا تَعَيَّنَ بِالْقَبْضِ كان إيجَابُ نِصْفِ الْعَيْنِ أَعْدَلَ من إيجَابِ الْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ فَوَجَبَ عليها رَدُّ نِصْفِ عَيْنِ الْمَقْبُوضِ كما لو كان مُعَيَّنًا فَقَبَضَتْهُ وَلَا يَمْلِكُهُ الزَّوْجُ بِنَفْسِ للطلاق (((الطلاق))) لِمَا نَذْكُرُ وَهَذَا إذَا

كان الْمَهْرُ دَيْنًا فَقَبَضَتْهُ أو لم تَقْبِضْهُ حتى وَرَدَ الطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ فَأَمَّا إذَا كان عَيْنًا بِأَنْ كان مُعَيَّنًا مُشَارًا إلَيْهِ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ كَالْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ وَسَائِرِ الْأَعْيَانِ فَلَا يَخْلُو أما أن كان بِحَالِهِ لم يَزِدْ ولم يَنْقُصْ وأما إنْ زَادَ أو نَقَصَ فَإِنْ كان بِحَالِهِ لم يَزِدْ ولم يَنْقُصْ فَإِنْ كان غير مَقْبُوضٍ فَطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها عَادَ الْمِلْكُ في النِّصْفِ إلَيْهِ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ وَلَا يَحْتَاجُ لِلْعَوْدِ إلَيْهِ إلَى الْفَسْخِ وَالتَّسْلِيمِ منها حتى لو كان الْمَهْرُ أَمَةً فَأَعْتَقَهَا الزَّوْجُ قبل الْفَسْخِ وَالتَّسْلِيمِ يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ في نِصْفِهَا بِلَا خِلَافٍ

وَإِنْ كان مَقْبُوضًا لَا يَعُودُ الْمِلْكُ في النِّصْفِ إلَيْهِ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ وَلَا يَنْفَسِخُ مِلْكُهَا في النِّصْفِ حتى يَفْسَخَهُ الْحَاكِمُ أو تُسَلِّمَهُ الْمَرْأَةُ

وَذَكَرَ ذلك في الزِّيَادَاتِ وزاد عليه الْفَسْخَ من الزَّوْجِ وهو أَنْ يَقُولَ قد فَسَخْت

هذا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ مِلْكُهَا في النِّصْفِ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ

وهو قَوْلُ زُفَرَ حتى لو كان الْمَهْرُ أَمَةً فَأَعْتَقَهَا قبل الْفَسْخِ وَالتَّسْلِيمِ جَازَ إعْتَاقُهَا في جَمِيعِهَا وَلَا يَجُوزُ إعْتَاقُ الزَّوْجِ فيها وَعَلَى قَوْلِ أبي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ إعْتَاقُهَا إلَّا في النِّصْفِ وَيَجُوزُ إعْتَاقُ الزَّوْجِ في نِصْفِهَا

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمُوجِبَ لِلْعَوْدِ هو الطَّلَاقُ وقد وُجِدَ فَيَعُودُ مِلْكُ الزَّوْجِ كَالْبَيْعِ إذَا فُسِخَ قبل الْقَبْضِ أَنَّهُ يَعُودُ مِلْكُ الْبَائِعِ بِنَفْسِ الْفَسْخِ

كَذَا هذا وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَقْدَ وَإِنْ انْفَسَخَ بِالطَّلَاقِ فَقَدْ بَقِيَ الْقَبْضُ بِالتَّسْلِيطِ الْحَاصِلِ بِالْعَقْدِ وَأَنَّهُ من أَسْبَابِ الْمِلْكِ عِنْدَنَا فَكَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ قَائِمًا فَكَانَ الْمِلْكُ قَائِمًا فَلَا يَزُولُ إلَّا بِالْفَسْخِ من الْقَاضِي لِأَنَّهُ فَسَخَ سَبَبَ الْمِلْكِ أو بِتَسْلِيمِهَا لِأَنَّ تَسْلِيمَهَا نَقْضٌ لِلْقَبْضِ حَقِيقَةً أو بِفَسْخِ الزَّوْجِ على رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ من الْعَاقِدَيْنِ بِسَبِيلٍ من فَسْخِ عَقْدِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَصَارَ كما لو اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ فَقَبَضَ الْعَبْدَ ولم يُسَلِّمْ الْجَارِيَةَ حتى هَلَكَتْ الْجَارِيَةُ في يَدِهِ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْجَارِيَةِ وَيَبْقَى الْمِلْكُ في الْعَبْدِ الْمَقْبُوضِ إلَى أَنْ يسترد (((يسترده))) كَأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ

كَذَا هذا

وَلِأَنَّ الْمَهْرَ بَدَلٌ يُمْلَكُ بِالْعَقْدِ مِلْكًا مُطْلَقًا فَلَا يَنْفَسِخُ الْمِلْكُ فيه بِفِعْلِ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ

كَالثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ بِخِلَافِ ما قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ غير المقبوض (((القبض))) لَيس بِمَمْلُوكٍ مِلْكًا مُطْلَقًا

هذا إذَا كان الْمَهْرُ بِحَالِهِ لم يَزِدْ ولم يَنْقُصْ فَأَمَّا إذَا زَادَ فَالزِّيَادَةُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت في الْمَهْرِ أو على الْمَهْرِ فَإِنْ كانت على الْمَهْرِ بِأَنْ سَمَّى الزَّوْجُ لها أَلْفًا ثُمَّ زَادَهَا بَعْدَ الْعَقْدِ مِائَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَلَهَا نِصْفُ الْأَلْفِ وَبَطَلَتْ الزِّيَادَةُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ لها نِصْفَ الْأَلْفِ وَنِصْفَ الزِّيَادَةِ أَيْضًا

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ قَوْلُهُ عز وجل { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } وَالزِّيَادَةُ مَفْرُوضَةٌ فَيَجِبُ تَنْصِيفُهَا في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا كَالزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ وَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا فينتصف (((فيتنصف))) بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ كَالْأَصْلِ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لم تَكُنْ مُسَمَّاةً في الْعَقْدِ حَقِيقَةً وما لم

يَكُنْ مُسَمًّى في الْعَقْدِ فَوُرُودُ

(2/298)

الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ يُبْطِلُهُ كَمَهْرِ الْمِثْلِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ الزِّيَادَةُ تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ قُلْنَا الزِّيَادَةُ على الْمَهْرِ لَا تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِأَنَّهَا وُجِدَتْ مُتَأَخِّرَةً عن الْعَقْدِ حَقِيقَةً وَإِلْحَاقُ الْمُتَأَخِّرِ عن الْعَقْدِ بِالْعَقْدِ خِلَافُ الْحَقِيقَةِ فَلَا يُصَارُ إلَيْهِ إلَّا لِحَاجَةٍ وَالْحَاجَةُ إلَى ذلك في بَابِ الْبَيْعِ لِكَوْنِهِ عَقْدَ مُعَايَنَةٍ وَمُبَادَلَةَ الْمَالِ بِالْمَالِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الزِّيَادَةِ دَفْعًا لِلْخُسْرَانِ
وَلَيْسَ النِّكَاحُ عَقْدَ مُعَايَنَةٍ وَلَا مُبَادَلَةَ الْمَالِ بِالْمَالِ وَلَا يُحْتَرَزُ بِهِ عن الْخُسْرَانِ فَلَا ضَرُورَةَ إلَى تَغْيِيرِ الْحَقِيقَةِ
وَأَمَّا النَّصُّ فَالْمُرَادُ منه الْفَرْضُ في الْعَقْدِ لِأَنَّهُ هو الْمُتَعَارَفُ فَيَنْصَرِفُ الْمُطْلَقُ إلَيْهِ وَالدَّلِيلُ عليه قَوْله تَعَالَى { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ } فَدَلَّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِفَرِيضَةٍ وَإِنْ كانت في الْمَهْرِ فَالْمَهْرُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الزَّوْجِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمَرْأَةِ فَإِنْ كان في يَدِ الزَّوْجِ فَالزِّيَادَةُ لَا تَخْلُو إمَّا أن كانت مُتَّصِلَةً بِالْأَصْلِ وَإِمَّا أن كانت مُنْفَصِلَةً عنه وَالْمُتَّصِلَةُ لَا تَخْلُو من أَنْ تَكُونَ مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالسِّمَنِ وَالْكِبَرِ وَالْجَمَالِ وَالْبَصَرِ وَالسَّمْعِ وَالنُّطْقِ كَإِنجلاء بَيَاضِ الْعَيْنِ وَزَوَالِ الْخَرَسِ وَالصَّمَمِ وَالشَّجَرِ إذَا أَثْمَرَ وَالْأَرْضِ إذَا زُرِعَتْ أو غير مُتَوَلِّدَةٍ منه كَالثَّوْبِ إذَا صُبِغَ وَالْأَرْضِ إذَا بنى فيها بِنَاءٌ
وَكَذَا الْمُنْفَصِلَةُ لَا تَخْلُو إمَّا أن كانت مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالْوَبَرِ وَالصُّوفِ إذَا جزا (((جز))) وَالشَّعْرِ إذَا أُزِيلَ وَالثَّمَرِ إذَا جُدَّ وَالزَّرْعِ إذَا حُصِدَ أو كانت في حُكْمِ المتولدة (((المتولد))) منه كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ وَأَمَّا إنْ كانت غير مُتَوَلِّدَةٍ منه وَلَا في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ كَالْهِبَةِ وَالْكَسْبِ فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ أو في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ فَهِيَ مَهْرٌ سَوَاءٌ كانت مُتَّصِلَةً بِالْأَصْلِ أو مُنْفَصِلَةً عنه حتى لو طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها يَتَنَصَّفُ الْأَصْلُ وَالزِّيَادَةُ جميعا بالأجماع لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ لِكَوْنِهَا نَمَاءَ الْأَصْلِ وَالْأَرْشُ بَدَلُ جُزْءٍ هو مَهْرٌ فليقوم (((فليقم))) مَقَامَهُ وَالْعُقْرُ بَدَلُ ما هو في حُكْمِ الْجُزْءِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَوَلِّدِ من الْمَهْرِ فإذا حَدَثَتْ قبل الْقَبْضِ وَلِلْقَبْضِ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ فَكَانَ وُجُودُهَا عِنْدَ الْقَبْضِ كَوُجُودِهَا عِنْدَ الْعَقْدِ فَكَانَتْ مَحَلًّا لِلْفَسْخِ
وَإِنْ كانت غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ فَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً بِالْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ وَعَلَيْهَا نِصْفُ قِيمَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَهْرٍ لَا مَقْصُودًا وَلَا تَبَعًا لِأَنَّهَا لم تَتَوَلَّدْ من الْمَهْرِ فَلَا تَكُونُ مَهْرًا فَلَا تَتَنَصَّفُ وَلَا يُمْكِنُ تَنْصِيفُ الْأَصْلِ بِدُونِ تَنْصِيفِ الزِّيَادَةِ فَامْتَنَعَ التَّنْصِيفُ فَيَجِبُ عليها نِصْفُ قِيمَةِ الْأَصْلِ يوم الزِّيَادَةِ لِأَنَّهَا بِالزِّيَادَةِ صَارَتْ قَابِضَةً لِلْأَصْلِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم حُكِمَ بِالْقَبْضِ
وَإِنْ كانت مُنْفَصِلَةً عن الْأَصْلِ فَالزِّيَادَةُ لَيْسَتْ بِمَهْرٍ وَهِيَ كُلُّهَا لِلْمَرْأَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَلَا تنتصف (((تتنصف))) وينتصف (((ويتنصف))) الْأَصْلُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ هِيَ مَهْرٌ فتنتصف (((فتتنصف))) مع الْأَصْلِ
وجه (((ووجه))) قَوْلِهِمَا أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تُمْلَكُ بِمِلْكِ الْأَصْلِ فَكَانَتْ تَابِعَةً لِلْأَصْلِ فَتَتَنَصَّفُ مع الْأَصْلِ كَالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ من الْأَصْلِ

كَالسِّمَنِ وَالْوَلَدِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَهْرٍ لَا مَقْصُودًا وَلَا تَبَعًا أَمَّا مَقْصُودًا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ ما وَرَدَ عليها مَقْصُودًا وَكَذَا هِيَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ بِمِلْكِ الْجَارِيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِتَمَلُّكِ الْجَارِيَةِ الْهِبَةَ لها
وَأَمَّا تَبَعًا فَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ فَدَلَّ أنها لَيْسَتْ بِمَهْرٍ لَا قَصْدًا وَلَا تَبَعًا وَإِنَّمَا هِيَ مَالُ الْمَرْأَةِ فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ أَمْوَالِهَا بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ لِأَنَّهَا نَمَاءُ الْمَهْرِ فَكَانَتْ جُزْءًا من أَجْزَائِهِ فَتَتَنَصَّفُ كما يَتَنَصَّفُ الْأَصْلُ
وَلَوْ آجَرَ الزَّوْجُ الْمَهْرَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَرْأَةِ فَالْأُجْرَةُ له لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَيْسَتْ بِأَمْوَالٍ مُتَقَوِّمَةٍ بِأَنْفُسِهَا عِنْدَنَا وَإِنَّمَا تَأْخُذُ حُكْمَ الْمَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ صَدَرَ من الزَّوْجِ فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ له كَالْغَاصِبِ إذَا آجَرَ الْمَغْصُوبَ وَيُتَصَدَّقُ بِالْأُجْرَةِ لِأَنَّهَا مَالٌ حَصَلَ بِسَبَبٍ مَحْظُورٍ وهو التَّصَرُّفُ في مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَيَتَمَكَّنُ فيه الْخَبَثُ فَكَانَ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ بِهِ هذا إذَا كان الْمَهْرُ في يَدِ الزَّوْجِ فَحَدَثَتْ فيه الزِّيَادَةُ فَأَمَّا إذَا كان في يَدِ الْمَرْأَةِ أَيْ قبل الْفُرْقَةِ فَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَلِلزَّوْجِ عليها نِصْفُ الْقِيمَةِ يوم سَلَّمَهُ إلَيْهَا
وقال مُحَمَّدٌ لَا تَمْنَعُ وَيَتَنَصَّفُ الْأَصْلُ مع الزِّيَادَةِ وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } جَعَلَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه فَرْضُ نِصْفِ الْمَفْرُوضِ فَمَنْ جَعَلَ فيه نِصْفَ قِيمَةِ الْمَفْرُوضِ فَقَدْ خَالَفَ النَّصَّ وإذا وَجَبَ تَنْصِيفُ أَصْلِ الْمَفْرُوضِ وَلَا يُمْكِنُ تَنْصِيفُهُ إلَّا بِتَنْصِيفِ الزِّيَادَةِ فَيَجِبُ تَنْصِيفُ الزِّيَادَةِ ضَرُورَةً وَلِأَنَّ هذه الزِّيَادَةَ

تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ من كل وَجْهٍ لِأَنَّهَا قَائِمَةٌ بِهِ وَالْأَصْلُ مَهْرٌ فَكَذَا الزِّيَادَةُ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ من الْأَصْلِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ مَحْضَةٍ لِأَنَّ الْوَلَدَ بِالِانْفِصَالِ صَارَ أَصْلًا بِنَفْسِهِ فلم يَكُنْ مَهْرًا وَبِخِلَافِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ في الْهِبَةِ أنها تَمْنَعُ من الرُّجُوعِ وَالِاسْتِرْدَادِ لِأَنَّ حَقَّ الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ ليس بِثَابِتٍ بِيَقِينٍ لِكَوْنِهِ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ فَلَا يُمْكِنُ إلْحَاقُ الزِّيَادَةِ بِحَالَةِ الْعَقْدِ فَتَعَذَّرَ إيرَادُ الْفَسْخِ عليها فَيُمْنَعُ الرُّجُوعُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لم تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا عِندما له شَبَهٌ بِالْعَقْدِ وهو الْقَبْضُ فَلَا يَكُونُ لها حُكْمُ الْمَهْرِ فَلَا يُمْكِنُ فَسْخُ الْعَقْدِ فيها بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ لِأَنَّ الْفَسْخَ إنَّمَا يَرِدُ على ما وَرَدَ عليه الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ لم يَرِدْ عليه أَصْلًا فَلَا يَرِدُ عليه الْفَسْخُ كَالزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ الْمُتَوَلِّدَةِ من الْأَصْلِ وَلِأَنَّهُ لو نَقَضَ الْعَقْدَ فأما إن يَرُدَّ نِصْفَ الْأَصْلِ مع نِصْفِ الزِّيَادَةِ أو بِدُونِ الزِّيَادَةِ لَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ رَدُّ الْأَصْلِ بِدُونِ رَدِّ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا لِأَنَّهَا إذَا لم تَكُنْ مَحَلًّا لِلْفَسْخِ لِعَدَمِ وُرُودِ الْعَقْدِ عليها كان أَخْذُ الزِّيَادَةِ منها أَخْذَ مَالٍ بِلَا عِوَضٍ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ

وَهَذَا تَفْسِيرُ الرِّبَا وَيَجِبُ نِصْفُ قِيمَةِ الْمَفْرُوضِ لَا نِصْفُ الْمَفْرُوضِ لِأَنَّ الْمَفْرُوضَ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْهَالِكِ

وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَلَا حُجَّةَ له فيها لِأَنَّ مُطْلَقَ الْمَفْرُوضِ يَنْصَرِفُ إلَى الْمَفْرُوضِ الْمُتَعَارَفِ وهو الْأَثْمَانُ دُونَ السِّلَعِ وَالْأَثْمَانُ لَا تَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافِ الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ في الْبَيْعِ إذَا اخْتَلَفَا أنها تَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَمْنَعُ
وَلَوْ هَلَكَتْ هذه الزِّيَادَةُ في يَدِ الزَّوْجِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا نِصْفُ الْأَصْلِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من التَّنْصِيفِ قد ارْتَفَعَ
وَإِنْ كانت مُتَّصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ وَعَلَيْهَا نِصْفُ قِيمَةِ الْأَصْلِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ كانت الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً مُتَوَلِّدَةً من الْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ التَّنْصِيفَ في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعَلَيْهَا رَدُّ نِصْفِ قِيمَةِ الْأَصْلِ إلَى الزَّوْجِ
وقال زُفَرُ لَا تَمْنَعُ وَيَتَنَصَّفُ الْأَصْلُ مع الزِّيَادَةِ
وَإِنْ كانت مُنْفَصِلَةً غير مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ فَهِيَ لها خَاصَّةً وَالْأَصْلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ إن الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ لِأَنَّهَا مُتَوَلِّدَةٌ منه فَتَتَنَصَّفُ مع الْأَصْلِ كَالزِّيَادَةِ الْحَادِثَةِ قبل الْقَبْضِ
وَلَنَا أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لم تَكُنْ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ فلم تَكُنْ مَهْرًا وَالْفَسْخُ إنَّمَا يَرِدُ على ما له حُكْمُ الْمَهْرِ فَلَا تَتَنَصَّفُ وَتَبْقَى على مِلْكِ الْمَرْأَةِ كما كانت قبل الطَّلَاقِ وَلَا يُمْكِنُ تَنْصِيفُ الْأَصْلِ بِدُونِ الزِّيَادَةِ وهو رَدُّ نِصْفِ الْجَارِيَةِ بِدُونِ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا لَا يَصِيرُ لها فَضْلُ أَصْلٍ فَسْخِ الْعَقْدِ فيه ما لم يَكُنْ لها ذلك وَالْأَصْلُ أَنْ لَا تُبَدَّلَ من غَيْرِ بَدَلٍ وَذَلِكَ وَصْفُ الرِّبَا وَأَنَّهُ حَرَامٌ فإذا تَعَذَّرَ تَنْصِيفُ الْمَفْرُوضِ لِمَكَانِ الرِّبَا يُجْعَلُ الْمَفْرُوضُ كَالْهَالِكِ لِأَنَّهُ في حَقِّ كَوْنِهِ مَعْجُوزَ التَّسْلِيمِ إلَى الزَّوْجِ بِمَنْزِلَةِ الْهَالِكِ فَيَجِبُ نِصْفُ الْقِيمَةِ لِيَزُولَ مَعْنَى الرِّبَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ لو ارْتَدَّتْ أو قَبَّلَتْ ابْنَ زَوْجِهَا قبل الدُّخُولِ بها بعد ما حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ في يَدِ الْمَرْأَةِ فَذَلِكَ كُلُّهُ لها وَعَلَيْهَا رَدُّ قِيمَةِ الْأَصْلِ يوم قَبَضَتْ
كَذَا ذَكَرَ أبو يُوسُفَ في الْأَصْلِ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أنها تَرُدُّ الْأَصْلَ وَالزِّيَادَةَ فَفَرَّقَ بين الرِّدَّةِ وَالتَّقْبِيلِ وَبَيْنَ الطَّلَاقِ فقال في الطَّلَاقِ تَرُدُّ نِصْفَ قِيمَةِ الْأَصْلِ وفي الرِّدَّةِ وَالتَّقْبِيلِ تَرُدُّ الْأَصْلَ وَالزِّيَادَةَ جميعا
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الرِّدَّةَ وَالتَّقْبِيلَ فَسْخٌ للعقد (((العقد))) من الْأَصْلِ وَجَعْلُ إيَّاهُ كَأَنْ لم يَكُنْ فَصَارَ كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَقَبَضَ الْجَارِيَةَ ولم يَدْفَعْ الْعَبْدَ حتى وَلَدَتْ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ قبل أَنْ يَدْفَعَهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ الْجَارِيَةَ وَوَلَدَهَا لِانْفِسَاخِ الْعَقْدِ من الْأَصْلِ بِمَوْتِ الْعَبْدِ في يَدِ بَائِعِهِ كَذَا هذا بِخِلَافِ الطَّلَاقِ فإنه إطْلَاقٌ وَحَلٌّ العقد (((للعقد))) وَلَيْسَ بِفَسْخٍ فَيَنْحَلُّ الْعَقْدُ وَتَطْلُقُ أو يَرْتَفِعُ من حِينِ الطَّلَاقِ لَا من الْأَصْلِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَعْقُودَ عليه في الْفَصْلَيْنِ جميعا أَعْنِي الطَّلَاقَ وَالرِّدَّةَ يَعُودُ سَلِيمًا إلَى الْمَرْأَةِ كما كان إلَّا أَنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُولِ طَلَاقٌ من وَجْهٍ وَفَسْخٌ من وَجْهٍ فَأَوْجَبَ عَوْدَ نِصْفِ الْبَدَلِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ وَالرِّدَّةُ وَالتَّقْبِيلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخٌ من كل وَجْهٍ فَيُوجِبُ عَوْدَ الْكُلِّ إلَى الزَّوْجِ هذا كُلُّهُ إذَا حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ قبل الطَّلَاقِ فَأَمَّا إذَا حَدَثَتْ بَعْدَ الطَّلَاقِ بِأَنْ طَلَّقَهَا ثُمَّ حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ حَدَثَتْ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالنِّصْفِ لِلزَّوْجِ وَإِمَّا أَنْ حَدَثَتْ قبل الْقَضَاءِ وَكُلُّ ذلك قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ فَإِنْ حَدَثَتْ قبل الْقَبْضِ فَالْأَصْلُ وَالزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ سَوَاءٌ وُجِدَ الْقَضَاءُ أو لم يُوجَدْ لِأَنَّهُ كما وُجِدَ الطَّلَاقُ عَادَ نِصْفُ الْمَهْرِ إلَى الزَّوْجِ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ وَصَارَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَالزِّيَادَةُ

(2/300)

مِلْكَيْهِمَا فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ حَدَثَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كانت بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالنِّصْفِ لِلزَّوْجِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ لِأَنَّهُ لماقضى بِهِ فَقَدْ عَادَ نِصْفُ الْمَهْرِ إلَى الزَّوْجِ فَحَصَلَتْ الزِّيَادَةُ على الْمِلْكَيْنِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كان قبل الْقَضَاءِ بِالنِّصْفِ لِلزَّوْجِ فَالْمَهْرُ في يَدِهَا كَالْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ لِأَنَّ الْمِلْكَ كان لها وقد فُسِخَ مِلْكُهَا في النِّصْفِ بِالطَّلَاقِ حتى لو كان الْمَهْرُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ قبل الْقَضَاءِ بِالنِّصْفِ لِلزَّوْجِ جَازَ إعْتَاقُهَا وَلَوْ أَعْتَقَهُ الزَّوْجُ لَا يَنْفُذُ وَإِنْ قَضَى الْقَاضِي له بَعْدَ ذلك كَالْبَائِعِ إذَا أَعْتَقَ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ بَيْعًا فَاسِدًا أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ وَإِنْ رُدَّ عليه بَعْدَ ذلك كَذَا هَهُنَا

هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ الزِّيَادَةِ وَأَمَّا حُكْمُ النُّقْصَانِ فَحُدُوثُ النُّقْصَانِ في الْمَهْرِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الزَّوْجِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمَرْأَةِ فَإِنْ كان في يَدِ الزَّوْجِ فَلَا يَخْلُو من خَمْسَةِ أَوْجُهٍ

إمَّا أَنْ يَكُونَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِفِعْلِ الْمَهْرِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ قبل قَبْضِ الْمَهْرِ أو بَعْدَهُ وَالنُّقْصَانُ فَاحِشٌ أو غَيْرُ فَاحِشٍ فَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ وهو فَاحِشٌ قبل الْقَبْضِ فَالْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ الْعَبْدَ النَّاقِصَ واتبعت الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ وَإِنْ شَاءَتْ تَرَكَتْ وَأَخَذَتْ من الزَّوْجِ قِيمَةَ الْعَبْدِ يوم الْعَقْدِ ثُمَّ يَرْجِعُ الزَّوْجُ على الْأَجْنَبِيِّ بِضَمَانِ النُّقْصَانِ وهو الْأَرْشُ

أَمَّا ثُبُوتُ الْخِيَارِ فَلِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه وهو الْمَهْرُ قد تَغَيَّرَ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ صَارَ بَعْضُهُ قِيمَةً وَيُعْتَبَرُ الْمَعْقُودُ عليه قبل الْقَبْضِ فَوَجَبَ الْخِيَارُ كَتَغَيُّرِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ فَإِنْ اخْتَارَتْ أَخْذَ الْعَبْدِ اتبعت الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ على مِلْكِهَا وَإِنْ اخْتَارَتْ أَخْذَ الْقِيمَةِ اتبع الزَّوْجُ الْجَانِيَ بِالْأَرْشِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَقَامَ مَقَامَ الْمَرْأَةِ فَكَانَ الْأَرْشُ له وَلَيْسَ لها أَنْ تَأْخُذَ الْعَبْدَ نَاقِصًا وَتُضَمِّنَ الزَّوْجَ الْأَرْشَ لِأَنَّهَا لَمَّا اخْتَارَتْ أَخْذَهُ فَقَدْ أَبْرَأَتْ الزَّوْجَ من ضَمَانِهِ وَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَالْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ أَخَذَتْهُ نَاقِصًا وَلَا شَيْءَ لها غير ذلك وَإِنْ شارت (((شاءت))) تَرَكَتْهُ وَأَخَذَتْ قِيمَتَهُ يوم الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَهْرَ مَضْمُونٌ على الزَّوْجِ بِالْعَقْدِ وَالْأَوْصَافُ لَا تُضْمَنُ بِالْعَقْدِ لِعَدَمِ وُرُودِ الْعَقْدِ عليها مَوْصُوفًا فَلَا يَظْهَرُ الضَّمَانُ في حَقِّهَا وَإِنَّمَا يَظْهَرُ في حَقِّ الْأَصْلِ لِوُرُودِ الْعَقْدِ عليه وَإِنَّمَا ثَبَتَ لها الْخِيَارُ لِتَغَيُّرِ الْمَعْقُودِ عليه وهو الْمَهْرُ عَمَّا كان عليه وَهَذَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ كَالْمَبِيعِ إذَا انْتُقِصَ في يَدِ الْبَائِعِ أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فيه

كَذَا هذا

وَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الزَّوْجِ ذُكِرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَرْأَةَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ أَخَذَتْهُ نَاقِصًا وَأَخَذَتْ معه أَرْشَ النُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ قِيمَتَهُ يوم الْعَقْدِ كَذَا ذُكِرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَفَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ الْبَائِعِ إذَا جَنَى على الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الزَّوْجَ إذَا جَنَى على الْمَهْرِ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَتْ

أَخَذَتْهُ نَاقِصًا وَلَا شَيْءَ لها غير ذلك وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ الْقِيمَةَ وسوى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَبِيعِ
وَوَجْهُ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَهْرَ مَضْمُونٌ على الزَّوْجِ بِالنِّكَاحِ لم يَسْتَقِرَّ مِلْكُهَا فيه كَالْمَبِيعِ في يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ الْحُكْمُ في الْبَيْعِ كَذَا هذا في النِّكَاحِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْأَوْصَافَ وَهِيَ الأتابع (((الأتباع))) إنْ كانت لَا تُضْمَنُ بِالْعَقْدِ فأنها تُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْإِتْلَافِ فَتَصِيرُ مَضْمُونَةً إلَّا أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِضَمَانٍ آخَرَ وهو الثَّمَنُ وَالْمَحَلُّ الْوَاحِدُ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِضَمَانَيْنِ وَالْمَهْرُ غَيْرُ مَضْمُونٍ على الزَّوْجِ بِمِلْكِ النِّكَاحِ بَلْ بِالْقِيمَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَتْلَفَ الْمَهْرَ لَا يَبْطُلُ مِلْكُ النِّكَاحِ وَلَكِنْ تَجِبُ عليه الْقِيمَةُ فَكَذَا إذَا أَتْلَفَ الْجُزْءَ وَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الْمَهْرِ بِأَنْ جَنَى الْمَهْرُ على نَفْسِهِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ حُكْمُ هذا النُّقْصَانِ ما هو حُكْمُ النُّقْصَانِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لِأَنَّ جِنَايَةَ الْإِنْسَانِ على نَفْسِهِ هَدْرٌ فَالْتَحَقَتْ بِالْعَدَمِ فَكَانَتْ كَالْآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ
وفي رِوَايَةٍ حُكْمُهُ حُكْمُ جِنَايَةِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْمَهْرَ مَضْمُونٌ في يَدِ الضَّامِنِ وهو الزَّوْجُ وَجِنَايَةُ الْمَضْمُونِ في يَدِ الضَّامِنِ كَجِنَايَةِ الضَّامِنِ كَالْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ إذَا جَنَى على نَفْسِهِ في يَدِ الْغَاصِبِ وَإِنْ كان النُّقْصَانُ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ فَقَدْ صَارَتْ قَابِضَةً بِالْجِنَايَةِ فَجُعِلَ كَأَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ في يَدِهَا كَالْمُشْتَرِي إذَا جَنَى على الْمَبِيعِ في يَدِ الْبَائِعِ أَنَّهُ يَصِيرُ قَابِضًا له كَذَا هَهُنَا
هذا إذَا كان النُّقْصَانُ فَاحِشًا فَأَمَّا إذَا كان يَسِيرًا فَلَا خِيَارَ لها كما إذَا كان هذا الْعَيْبُ بِهِ يوم الْعَقْدِ ثُمَّ إنْ كان هذا النُّقْصَانُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ أو بِفِعْلِ الْمَهْرِ فَلَا شَيْءَ لها وَإِنْ كان بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ تَتْبَعُهُ بِنِصْفِ النُّقْصَانِ وَكَذَا إنْ كان بِفِعْلِ الزَّوْجِ هذا إاذ حَدَثَ النُّقْصَانُ

في يَدِ الزَّوْجِ فَأَمَّا إذَا حَدَثَ في يَدِ الْمَرْأَةِ فَهَذَا أَيْضًا لَا يَخْلُو من الْأَقْسَامِ التي وَصَفْنَاهَا فَإِنْ حَدَثَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ وهو فَاحِشٌ قبل الطَّلَاقِ فَالْأَرْشُ لها فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ فَلَهُ نِصْفُ الْقِيمَةِ يوم قَبَضَتْ وَلَا سَبِيلَ له على الْعَيْنِ لِأَنَّ الْأَرْشَ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ فَيُمْنَعُ التَّنْصِيفُ كَالْوَلَدِ وَإِنْ كانت جِنَايَةُ الْأَجْنَبِيِّ عليه بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلِلزَّوْجَةِ نِصْفُ الْعَبْدِ وهو بِالْخِيَارِ في الْأَرْشِ إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهُ من الْمَرْأَةِ وَاعْتُبِرَتْ الْقِيمَةُ يوم الْقَبْضِ وَإِنْ شَاءَ اتبع الْجَانِيَ وَأَخَذَ منه نِصْفَهُ لِأَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ وَعَوْدَ النِّصْفِ إلَيْهِ اسْتَقَرَّ بِالطَّلَاقِ وَتَوَقَّفَ على قَضَاءِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي فَصَارَ في يَدِهَا كَالْمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ فَاسِدٍ فَصَارَ مَضْمُونًا عليها
وَكَذَلِكَ إنْ حَدَثَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ فَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ جَنَى على مِلْكِ غَيْرِهِ وَلَا يَدَ له فيه فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ وَالْحُكْمُ في الْأَجْنَبِيِّ ما وَصَفْنَا
وَإِنْ حَدَثَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ قبل الطَّلَاقِ فَالزَّوْجُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهُ نَاقِصًا وَلَا شَيْءَ له غير ذلك وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْقِيمَةِ يوم الْقَبْضِ لِأَنَّ حَقَّهُ مَعَهَا عِنْدَ الْفَسْخِ كَحَقِّهِ مَعَهَا عِنْدَ الْعَقْدِ
وَلَوْ حَدَثَ نُقْصَانٌ في يَدِهِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ كان لها الْخِيَارُ بين أَنْ تَأْخُذَهُ نَاقِصًا أو قِيمَتَهُ فَكَذَا حَقُّ الزَّوْجِ مَعَهَا عِنْدَ الْفَسْخِ وَإِنْ كان ذلك بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَهُ وَنِصْفَ الْأَرْشِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ يَبْقَى في يَدِهَا كَالْمَقْبُوضِ

بِحُكْمِ بَيْعٍ فَاسِدٍ لِأَنَّ الْمِلْكَ لها وَحَقُّ الْغَيْرِ في الْفَسْخِ مُسْتَقِرٌّ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ فَاسِدٍ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَتَهُ يوم قَبَضَتْ وَكَذَلِكَ إنْ حَدَثَ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ فَالزَّوْجُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهُ وَلَا شَيْءَ له من الْأَرْشِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ قِيمَتِهِ عَبْدًا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُضَمِّنَهَا الْأَرْشَ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَهْرَ مَضْمُونٌ عليها بِالْقَبْضِ وَالْأَوْصَافِ وَهِيَ الاتباع فَتُضَمَّنُ بِالْقَبْضِ وَلَا تُضَمَّنُ بِالْعَقْدِ وَكَذَلِكَ يقول زُفَرُ في النُّقْصَانِ الْحَادِثِ بِغَيْرِ فِعْلِهَا لِهَذَا الْمَعْنَى

وَلَنَا أَنَّ الْمَرْأَةَ جَنَتْ على مِلْكِ نَفْسِهَا وَجِنَايَةُ الْإِنْسَانِ على مِلْكِ نَفْسِهِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عليه بِخِلَافِ ما إذَا حَدَثَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ على الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِأَنَّ للزوج (((الزوج))) جَنَى على مِلْكِ غَيْرِهِ وَجِنَايَةُ الْإِنْسَانِ على مِلْكِ غَيْرِهِ مَضْمُونَةٌ عليه وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا قال زُفَرُ لِأَنَّ قَبْضَهَا صَادَفَ مِلْكَ نَفْسِهَا وَقَبْضُ الْإِنْسَانِ مِلْكَ نَفْسِهِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عليه وَإِنْ كان ذلك بَعْدَ الطَّلَاقِ فَعَلَيْهَا نِصْفُ الْأَرْشِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ قد اسْتَقَرَّ

وَكَذَلِكَ إنْ حَدَثَ بِفِعْلِ الْمَهْرِ فَالزَّوْجُ بِالْخِيَارِ على الرِّوَايَتَيْنِ جميعا إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهُ نَاقِصًا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْقِيمَةِ لِأَنَّا إنْ جَعَلْنَا جِنَايَةَ الْمَهْرِ كَالْآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ لم تَكُنْ مَضْمُونَةً وَإِنْ جَعَلْنَاهَا كَجِنَايَةِ الْمَرْأَةِ لم تَكُنْ مَضْمُونَةً أَيْضًا فلم تَكُنْ مَضْمُونَةً أَيْضًا على الرِّوَايَتَيْنِ

هذا إذَا كان النُّقْصَانُ فَاحِشًا فَأَمَّا إنْ كان غير فَاحِشٍ فَإِنْ كان بِفِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ أو بِفِعْلِ الزَّوْجِ لَا يَتَنَصَّفُ لِأَنَّ الْأَرْشَ يَمْنَعُ التَّنْصِيفَ وَإِنْ كان بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِهَا أو بِفِعْلِ الْمَهْرِ أَخَذَ النِّصْفَ وَلَا خِيَارَ له وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي وهو ما يَسْقُطُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ مَعْنًى وَالْكُلُّ صُورَةً فَهُوَ كُلُّ طَلَاقٍ تَجِبُ فيه الْمُتْعَةُ فَيَقَعُ الْكَلَامُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ الطَّلَاقِ الذي تَجِبُ فيه الْمُتْعَةُ وَالَّذِي تُسْتَحَبُّ فيه وفي تَفْسِيرِ الْمُتْعَةِ وفي بَيَانِ من تُعْتَبَرُ الْمُتْعَةُ بِحَالِهِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالطَّلَاقُ الذي تَجِبُ فيه الْمُتْعَةُ نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه وَلَا فَرْضَ بَعْدَهُ أو كانت التَّسْمِيَةُ فيه فَاسِدَةً وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال مَالِكٌ لَا تَجِبُ الْمُتْعَةُ وَلَكِنْ تُسْتَحَبُّ فَمَالِكٌ لَا يَرَى وُجُوبَ الْمُتْعَةِ أَصْلًا وَاحْتَجَّ بِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى قَيَّدَ الْمُتْعَةَ بِالْمُتَّقِي وَالْمُحْسِنِ بِقَوْلِهِ { حَقًّا على الْمُحْسِنِينَ } { حَقًّا على الْمُتَّقِينَ } وَالْوَاجِبُ لَا يَخْتَلِفُ فيه الْمُحْسِنُ وَالْمُتَّقِي وَغَيْرُهُمَا فَدَلَّ أنها لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ

وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ } وَمُطْلَقُ الْأَمْرِ لِوُجُوبِ الْعَمَلِ وَالْمُرَادُ من قَوْلِهِ عز وجل { أو تَفْرِضُوا } أَيْ ولم تَفْرِضُوا أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَطَفَ عليه قَوْله تَعَالَى { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } وَلَوْ كان الْأَوَّلُ بِمَعْنَى ما لم تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضُوا لَهُنَّ أو لم يَفْرِضُوا لَمَا عَطَفَ عليه الْمَفْرُوضَ وقد تَكُونُ أو بِمَعْنَى الْوَاوِ

قال اللَّهُ عز وجل { وَلَا تُطِعْ منهم آثِمًا أو كَفُورًا } أَيْ وَلَا كَفُورًا وقَوْله تَعَالَى { على الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ } وَعَلَى كَلِمَةُ إيجَابٍ وقَوْله تَعَالَى { حَقًّا على الْمُحْسِنِينَ } وَلَيْسَ في أَلْفَاظِ الْإِيجَابِ كَلِمَةٌ أَوْكَدُ من قَوْلِنَا حَقٌّ عليه لِأَنَّ الْحَقِّيَّةَ تَقْتَضِي الثُّبُوتَ وَعَلَى كَلِمَةُ إلْزَامٍ وإثبات (((وإثبات))) فَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي التَّأْكِيدَ وما ذَكَرَهُ مَالِكٌ كما يَلْزَمُنَا

يَلْزَمُهُ لِأَنَّ الْمَنْدُوبَ إلَيْهِ أَيْضًا لَا يَخْتَلِفُ فيه الْمُتَّقِي وَالْمُحْسِنُ وَغَيْرُهُمَا ثُمَّ نَقُولُ الْإِيجَابُ على الْمُحْسِنِ وَالْمُتَّقِي لَا يَنْفِي الْإِيجَابَ على غَيْرِهِمَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَخْبَرَ أَنَّ الْقُرْآنَ هُدًى لِلْمُتَّقِينَ ثُمَّ لم يَنْفِ أَنْ يَكُونَ هُدًى لِلنَّاسِ كُلِّهِمْ كَذَا هذا

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْمُتْعَةَ هَهُنَا وَاجِبَةٌ أنها بَدَلُ الْوَاجِبِ وهو نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَبَدَلُ الْوَاجِبِ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْوَاجِبِ وَيَحْكِي حِكَايَتَهُ أَلَا تَرَى أَنَّ التَّيَمُّمَ لَمَّا كان بَدَلًا عن الْوُضُوءِ وَالْوُضُوءُ وَاجِبٌ كان التَّيَمُّمُ وَاجِبًا وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْمُتْعَةَ تَجِبُ بَدَلًا عن نِصْفِ الْمَهْرِ أَنَّ بَدَلَ الشَّيْءِ ما يَجِبُ بِسَبَبِ الْأَصْلِ عِنْدَ عَدَمِهِ كَالتَّيَمُّمِ مع الْوُضُوءِ وَغَيْرِ ذلك وَالْمُتْعَةُ بِالسَّبَبِ الذي يَجِبُ بِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ وهو النِّكَاحُ لَا الطَّلَاقُ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مُسْقِطٌ لِلْحُقُوقِ لَا مُوجِبٌ لها لَكِنْ عِنْدَ الطَّلَاقِ يَسْقُطُ نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ فَتَجِبُ الْمُتْعَةُ بَدَلًا عن نِصْفِهِ وَهَذَا طَرِيقُ مُحَمَّدٍ فإن الرَّهْنَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ يَكُونُ رَهْنًا بِالْمُتْعَةِ عِنْدَهُ حتى إذَا هَلَكَ تَهْلَكُ الْمُتْعَةُ

وَأَمَّا أبو يُوسُفَ فإنه لَا يَجْعَلُهُ رَهْنًا بها حتى إذَا هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْمُتْعَةُ بَاقِيَةٌ عليه فَلَا يَكُونُ وُجُوبُهَا بِطَرِيقِ الْبَدَلِ عِنْدَهُ بَلْ يُوجِبُهَا ابْتِدَاءً بِظَوَاهِرِ النُّصُوصِ التي ذَكَرْنَا أو يُوجِبُهَا بَدَلًا عن الْبُضْعِ بِالِاسْتِدْلَالِ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لم يُسَمَّ فيه الْمَهْرُ وَإِنَّمَا فُرِضَ بَعْدَهُ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَخِيرُ وكان يقول أَوَّلًا يَجِبُ نِصْفُ الْمَفْرُوضِ كما إذَا كان الْمَهْرُ مَفْرُوضًا في الْعَقْدِ وهو قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ

وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِهِ عز وجل { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ } أَوْجَبَ تَعَالَى نِصْفَ الْمَفْرُوضِ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما إذَا كان الْفَرْضُ في الْعَقْدِ أو بَعْدَهُ وَلِأَنَّ الْفَرْضَ بَعْدَ الْعَقْدِ كَالْفَرْضِ في الْعَقْدِ ثُمَّ الْمَفْرُوضُ في الْعَقْدِ يَتَنَصَّفُ فَكَذَا الْمَفْرُوضُ بَعْدَهُ

وَلَهُمَا قَوْله تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ } أَوْجَبَ الْمُتْعَةَ في الْمُطَلَّقَاتِ قبل الدُّخُولِ عَامًّا ثُمَّ خُصَّتْ منه الْمُطَلَّقَةُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ عِنْدَ وُجُودِهِ فَبَقِيَتْ الْمُطَلَّقَةُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه عِنْدَ وُجُودِهِ على أَصْلِ الْعُمُومِ وقَوْله تَعَالَى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ } أَيْ ولم تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وهو مُنْصَرِفٌ إلَى الْفَرْضِ في الْعَقْدِ لِأَنَّ الْخِطَابَ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَالْمُتَعَارَفُ هو الْفَرْضُ في الْعَقْدِ لَا مُتَأَخِّرًا عنه وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْفَرْضَ الْمَذْكُورَ في قَوْله تَعَالَى { وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وقد فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً } مُنْصَرِفٌ إلَى الْمَفْرُوضِ في الْعَقْدِ لِأَنَّهُ هو الْمُتَعَارَفُ وَبِهِ نَقُولُ إنَّ الْمَفْرُوضَ في الْعَقْدِ يَتَنَصَّفُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَلِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ قد وَجَبَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ الْفَرْضُ بَعْدَهُ تَقْدِيرًا لِمَا وَجَبَ بِالْعَقْدِ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ يَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ وَتَجِبُ الْمُتْعَةُ فَكَذَا ما هو بَيَانٌ وَتَقْدِيرٌ له إذْ هو تَقْدِيرٌ لِذَلِكَ الْوَاجِبِ

وَكَذَا الْفُرْقَةُ بِالْإِيلَاءِ وَاللِّعَانِ وَالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ فَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ من قِبَلِ الزَّوْجِ

قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه فَتُوجِبُ الْمُتْعَةَ لِأَنَّهَا تُوجِبُ نِصْفَ الْمُسَمَّى في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ وَالْمُتْعَةُ عِوَضٌ عنه كَرِدَّةِ الزَّوْجِ وَإِبَايَةِ الْإِسْلَامِ
وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ من قِبَلِ الْمَرْأَةِ فَلَا مُتْعَةَ لها لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بها الْمَهْرُ أَصْلًا فَلَا تَجِبُ بها الْمُتْعَةُ وَالْمُخَيَّرَةُ إذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه فَلَهَا الْمُتْعَةُ لِأَنَّ الْفُرْقَةُ جَاءَتْ من قِبَلِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْبَيْنُونَةَ مُضَافَةٌ إلَى الْإِبَانَةِ السَّابِقَةِ وَهِيَ فِعْلُ الزَّوْجِ
وَأَمَّا الذي تُسْتَحَبُّ فيه الْمُتْعَةُ فَهُوَ الطَّلَاقُ بَعْدَ الدُّخُولِ وَالطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ الْمُتْعَةُ في الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ وَاجِبَةٌ وَاحْتَجَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا على الْمُتَّقِينَ } جَعَلَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعًا بلام الْمِلْكِ عَامًّا إلَّا أَنَّهُ خُصِّصَتْ منه الْمُطَلَّقَةُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ فَبَقِيَتْ الْمُطَلَّقَةُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه وَالْمُطَلَّقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ على ظَاهِرِ الْعُمُومِ
وَلَنَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُتْعَةَ وَجَبَتْ بِالنِّكَاحِ بَدَلًا عن الْبُضْعِ إمَّا بَدَلًا عن نِصْفِ الْمَهْرِ أو ابْتِدَاءً فإذا اسْتَحَقَّتْ الْمُسَمَّى أو مَهْرَ الْمِثْلِ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَوْ وَجَبَتْ الْمُتْعَةُ لَأَدَّى إلَى أَنْ يَكُونَ لِمِلْكٍ وَاحِدٍ بَدَلَانِ وَإِلَى الْجَمْعِ بين الْبَدَلِ وَالْأَصْلِ في حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَهَذَا مُمْتَنِعٌ وَلِأَنَّ الْمُطَلَّقَةَ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ لَا تَجِبُ لها الْمُتْعَةُ بِالْإِجْمَاعِ فَالْمُطَلَّقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْلَى لِأَنَّ الْأُولَى تَسْتَحِقُّ بَعْضَ الْمَهْرِ

وَالثَّانِيَةَ تَسْتَحِقُّ الْكُلَّ
فَاسْتِحْقَاقُ بَعْضِ الْمَهْرِ لَمَّا مَنَعَ عن اسْتِحْقَاقِ الْمُتْعَةِ فَاسْتِحْقَاقُ الْكُلِّ أَوْلَى
وَأَمَّا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ فَيُحْمَلُ ذِكْرُ الْمَتَاعِ فيها على النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ إنَّهُ يُنْدَبُ الزَّوْجُ إلَى ذلك كما يُنْدَبُ إلَى أَدَاءِ الْمَهْرِ على الْكَمَالِ في غَيْرِ الْمَدْخُولِ بها أو يُحْمَلُ على النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ في حَالِ قِيَامِ الْعِدَّةِ
وَلِأَنَّ كُلَّ ذلك مَتَاعٌ إذا الْمَتَاعُ اسْمٌ لِمَا يُنْتَفَعُ بِهِ عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ كُلِّهَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ من قِبَلِ الزَّوْجِ بَعْدَ الدُّخُولِ تُسْتَحَبُّ فيها الْمُتْعَةُ إلَّا أَنْ يَرْتَدَّ أو يَأْبَى الْإِسْلَامَ لِأَنَّ الِاسْتِحْبَابَ طَلَبُ الْفَضِيلَةِ وَالْكَافِرُ ليس من أَهْلِ الْفَضِيلَةِ
وَأَمَّا تَفْسِيرُ الْمُتْعَةِ الْوَاجِبَةِ فَقَدْ قال أَصْحَابُنَا إنَّهَا ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ وَهَكَذَا رُوِيَ عن الْحَسَنِ وَسَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ وَعَطَاءٍ وَالشَّعْبِيِّ وَعَنْ عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال ارفع الْمُتْعَةِ الْخَادِمُ ثُمَّ دُونَ ذلك الْكِسْوَةُ ثُمَّ دُونَ ذلك النَّفَقَةُ
وقال الشَّافِعِيُّ ثَلَاثُونَ دِرْهَمًا لِهِ ما رُوِيَ عن أبي مِجْلَزٍ أَنَّهُ قال قلت لِابْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَخْبِرْنِي عن الْمُتْعَةِ وَأَخْبِرْنِي عن قَدْرِهَا فَإِنِّي مُوسِرٌ فقال أُكْسُ كَذَا أُكْسُ كَذَا قال فَحَسَبْتُ ذلك فَوَجَدْتُهُ قَدْرَ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا فَدَلَّ أنها مُقَدَّرَةٌ بِثَلَاثِينَ دِرْهَمًا
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى في آيَةِ الْمُتْعَةِ { مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا على الْمُحْسِنِينَ } وَالْمَتَاعُ اسْمٌ لِلْعُرُوضِ في الْعُرْفِ وَلِأَنَّ لِإِيجَابِ الْأَثْوَابِ نَظِيرًا في أُصُولِ

الشَّرْعِ وهو الْكِسْوَةُ التي تَجِبُ لها حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ وَالْعِدَّةِ وَأَدْنَى ما تَكْتَسِي بِهِ الْمَرْأَةُ وَتَسْتَتِرُ بِهِ عِنْدَ الْخُرُوجِ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ وَلَا نَظِيرَ لِإِيجَابِ الثَّلَاثِينَ فَكَانَ إيجَابُ ما له نَظِيرٌ أَوْلَى

وَقَوْلُ عبد اللَّهِ بن عُمَرَ دَلِيلُنَا لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْكِسْوَةِ لَا بِدَرَاهِمَ مُقَدَّرَةٍ إلَّا أَنَّهُ اُتُّفِقَ أَنَّ قِيمَةَ الْكِسْوَةِ بَلَغَتْ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا وَهَذَا لَا يَدُلُّ على أَنَّ التَّقْدِيرَ فيها بِالثَّلَاثِينَ

وَلَوْ أَعْطَاهَا قِيمَةَ الْأَثْوَابِ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ تُجْبَرُ على الْقَبُولِ لِأَنَّ الْأَثْوَابَ ما وَجَبَتْ لِعَيْنِهَا بَلْ من حَيْثُ أنها مَالٌ كَالشَّاةِ في خَمْسٍ من الْإِبِلِ في بَابِ الزَّكَاةِ

وَأَمَّا بَيَانُ من تُعْتَبَرُ الْمُتْعَةُ بِحَالِهِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه قال بعضم (((بعضهم))) قَدْرُ الْمُتْعَةِ يُعْتَبَرُ بِحَالِ الرَّجُلِ في يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وقال بَعْضُهُمْ تُعْتَبَرُ بِحَالِ الْمَرْأَةِ في يَسَارِهَا وَإِعْسَارِهَا وقال بَعْضُهُمْ تُعْتَبَرُ بِحَالِهِمَا جميعا وقال بَعْضُهُمْ الْمُتْعَةُ الْوَاجِبَةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِهَا وَالْمُسْتَحَبَّةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِهِ

وَجْهُ قَوْلِ من اعْتَبَرَ حَالَ الرَّجُلِ قَوْله تَعَالَى { وَمَتِّعُوهُنَّ على الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ } جَعَلَ الْمُتْعَةَ على قَدْرِ حَالِ الرَّجُلِ في يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ وَجْهُ قَوْلِ من قال بِاعْتِبَارِ حَالِهَا أَنَّ الْمُتْعَةَ بَدَلُ بُضْعِهَا فَيُعْتَبَرُ حَالُهَا وَهَذَا أَيْضًا وَجْهُ من يقول الْمُتْعَةُ الْوَاجِبَةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِهَا

وَقَوْلُهُ الْمُتْعَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِهِ لَا مَعْنَى لِأَنَّ التَّقْدِيرَ في الْوَاجِبِ لَا في الْمُسْتَحَبِّ وَجْهُ من اعْتَبَرَ حَالَهُمَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى اعْتَبَرَ في الْمُتْعَةِ شَيْئَيْنِ أَحَدَهُمَا حَالَ الرَّجُلِ في يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ بِقَوْلِهِ عز وجل { على الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ } وَالثَّانِيَ أَنْ يَكُونَ مع ذلك بِالْمَعْرُوفِ بِقَوْلِهِ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ فَلَوْ اعْتَبَرْنَا فيها حَالَ الرَّجُلِ دُونَ حَالِهَا عَسَى أَنْ لَا يَكُونَ بِالْمَعْرُوفِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لو تَزَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَتَيْنِ إحْدَاهُمَا شَرِيفَةٌ وَالْأُخْرَى مَوْلَاةٌ دَنِيئَةٌ ثُمَّ طَلَّقَهُمَا قبل الدُّخُولِ بِهِمَا ولم يُسَمِّ لَهُمَا أَنْ يَسْتَوِيَا في الْمُتْعَةِ بِاعْتِبَارِ حَالِ الرَّجُلِ وَهَذَا مُنْكَرٌ في عَادَاتِ الناس لَا مَعْرُوفٌ فَيَكُونُ خِلَافَ النَّصِّ ثُمَّ الْمُتْعَةُ الْوَاجِبَةُ لَا تُزَادُ على نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ بَلْ هو نِهَايَةُ الْمُتْعَةِ لَا مَزِيدَ عليه لِأَنَّ الْحَقَّ عِنْدَ التَّسْمِيَةِ آكَدُ وَأَثْبَتُ منه عِنْدَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ الْمُتْعَةَ على قَدْرِ احْتِمَالِ مِلْكِ الزَّوْجِ بِقَوْلِهِ عز وجل { على الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ } فَأَوْجَبَ نِصْفَ الْمُسَمَّى مُطْلَقًا احْتَمَلَهُ وُسْعُ الزَّوْجِ وَمِلْكُهُ أولا وَكَذَا في وُجُوبِ كَمَالِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَسُقُوطِهِ وَوُجُوبِ الْمُتْعَةِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه وَعَدَمِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ اخْتِلَافٌ بين الْعُلَمَاءِ وَلَا خِلَافَ في وُجُوبِ كَمَالِ الْمُسَمَّى من ذلك في نِكَاحٍ فيه تَسْمِيَةٌ دَلَّ أَنَّ الْحَقَّ أَوْكَدُ وَأَثْبَتُ عِنْدَ التَّسْمِيَةِ ثُمَّ لَا يُزَادُ هُنَاكَ على نِصْفِ الْمُسَمَّى فَلَأَنْ لَا يُزَادَ هَهُنَا على نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْمُتْعَةَ بَدَلٌ عن نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا يُزَادُ الْبَدَلُ على الْأَصْلِ وَلَا يَنْقُصُ من خَمْسَةِ دَرَاهِمَ لِأَنَّهَا تَجِبُ على طَرِيقِ الْعِوَضِ وَأَقَلُّ عِوَضٍ يَثْبُتُ في النِّكَاحِ نِصْفُ الْعَشَرَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ في الْمَهْرِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الِاخْتِلَافَ في الْمَهْرِ إمَّا أَنْ يَكُونَ في حَالِ حَيَاةِ الزَّوْجَيْنِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا بين الْحَيِّ مِنْهُمَا وَوَرَثَةِ الْمَيِّتِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ مَوْتِهِمَا بين وَرَثَتِهِمَا فَإِنْ كان

في حَالِ حَيَاةِ الزَّوْجَيْنِ فإما إنْ كان قبل الطَّلَاقِ وإما إنْ كان بَعْدَهُ فَإِنْ كان قبل الطَّلَاقِ فَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في أَصْلِ التَّسْمِيَةِ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ في بَابِ النِّكَاحِ هو مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ قِيمَةُ الْبُضْعِ وَقِيمَةُ الشَّيْءِ مِثْلُهُ من كل وَجْهٍ فَكَانَ هو الْعَدْلُ وَإِنَّمَا التَّسْمِيَةُ تَقْدِيرٌ لِمَهْرِ الْمِثْلِ فإذا لم تَثْبُتْ التَّسْمِيَةُ لِوُقُوعِ الِاخْتِلَافِ فيها وَجَبَ الْمَصِيرُ إلَى الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ وَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في قَدْرِ الْمُسَمَّى أو جِنْسِهِ أو نَوْعِهِ أو صِفَتِهِ فَالْمَهْرُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنًا فَإِنْ كان دَيْنًا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من الْأَثْمَانِ الْمُطْلَقَةِ وَهِيَ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ وإما إنْ كان من الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْمَذْرُوعَاتِ الْمَوْصُوفَةِ في الذِّمَّةِ فَإِنْ كان من الْأَثْمَانِ الْمُطْلَقَةِ فَاخْتَلَفَا في قَدْرِهِ بِأَنْ قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ تَزَوَّجْتَنِي على أَلْفَيْنِ أو قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على مِائَةِ دِينَارٍ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ على مِائَتَيْ دِينَارٍ تَحَالَفَا وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ فَإِنْ نَكَلَ أَعْطَاهَا الْأَلْفَيْنِ وَإِنْ حَلَفَ تَحْلِفُ الْمَرْأَةُ فَإِنْ نَكَلَتْ أَخَذَتْ أَلْفًا وَإِنْ حَلَفَتْ يُحْكَمُ لها بِمَهْرِ الْمِثْلِ إنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا مِثْلَ ما قالت أو أَكْثَرَ فَلَهَا ما قالت وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا مِثْلَ ما قال الزَّوْجُ أو أَقَلَّ فَلَهَا ما قال وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا قالت وأكثر مِمَّا قال فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

وقال أبو يُوسُفَ لَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ في هذا كُلِّهِ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِمُسْتَنْكَرٍ جِدًّا

وَالْحَاصِلُ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدًا يَحْكُمَانِ مَهْرَ الْمِثْلِ وَيُنْهِيَانِ الْأَمْرَ إلَيْهِ وأبو يُوسُفَ لَا يَحْكُمُهُ بَلْ يَجْعَلُ الْقَوْلَ قَوْلَ الزَّوْجِ مع يَمِينِهِ إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ وقد اُخْتُلِفَ في تَفْسِيرِ الْمُسْتَنْكَرِ قِيلَ هو أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على أَقَلَّ من عَشَرَةِ دَرَاهِمَ

وَهَذَا التَّفْسِيرُ يُرْوَى عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ هذا الْقَدْرَ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا إذْ لَا مَهْرَ في الشَّرْعِ أَقَلَّ من عَشَرَةٍ

وَقِيلَ هو أَنْ يدعى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على مالا يُزَوَّجُ مِثْلُهَا بِهِ عَادَةً وَهَذَا يُحْكَى عن أبي الْحَسَنِ لِأَنَّ ذلك مُسْتَنْكَرٌ عُرْفًا وهو الصَّحِيحُ من التَّفْسِيرِ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى وَذَلِكَ اتِّفَاقٌ مِنْهُمَا على أَصْلِ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى وما دُونَ الْعَشَرَةِ لم يُعْرَفْ مَهْرًا في الشَّرْعِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا

وقد رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ في الْمُتَبَايِعَيْنِ إذَا اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَالسِّلْعَةُ هَالِكَةٌ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ما لم يَأْتِ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُنْكِرِ في الشَّرْعِ وَالْمُنْكِرُ هو الزَّوْجُ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَدَّعِي عليه زِيَادَةَ مَهْرٍ وهو يُنْكِرُ ذلك فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ كما في سَائِرِ الْمَوَاضِعِ وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ في بَابِ الْإِجَارَةِ إذَا اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ الْمُسَمَّى لَا يُحْكَمُ أجر (((بأجر))) الْمِثْلِ بَلْ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ مع يَمِينِهِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَلَهُمَا أَنَّ الْقَوْلَ في الشَّرْعِ وَالْعَقْلِ قَوْلُ من يَشْهَدُ له الظَّاهِرُ وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِمَنْ يُوَافِقُ قَوْلُهُ مَهْرَ الْمِثْلِ لِأَنَّ الناس في الْعَادَاتِ الْجَارِيَةِ يُقَدِّرُونَ الْمُسَمَّى بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَيَبْنُونَهُ عليه لَا بِرِضَا الزَّوْجِ بِالزِّيَادَةِ عليه وَالْمَرْأَةُ وَأَوْلِيَاؤُهَا لَا يَرْضَوْنَ بِالنُّقْصَانِ عنه فَكَانَتْ التَّسْمِيَةُ تَقْدِيرًا لِمَهْرِ الْمِثْلِ وَبِنَاءً عليه فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِمَنْ يَشْهَدُ له مَهْرُ الْمِثْلِ فَيُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَإِنْ كان أَلْفَيْنِ فَلَهَا ذلك لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لها وَإِنْ كان أَكْثَرَ من أَلْفَيْنِ لَا يُزَادُ عليه لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا فَلَهَا أَلْفٌ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلزَّوْجِ

وَإِنْ كان أَقَلَّ من ذلك لَا يَنْقُصُ عن أَلْفٍ لِأَنَّ الزَّوْجَ رضي بِالزِّيَادَةِ وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِمَّا قال وَأَقَلَّ مِمَّا قالت فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ هو الْوَاجِبُ الْأَصْلِيُّ وَإِنَّمَا التَّسْمِيَةُ تَقْدِيرٌ له لِمَا قُلْنَا فَلَا يُعْدَلُ عنه إلَّا عِنْدَ ثُبُوتِ التَّسْمِيَةِ وَصِحَّتِهَا فَإِذا لم يَثْبُتْ لِوُقُوعِ الِاخْتِلَافِ وَجَبَ الرُّجُوعُ إلَى الْمُوجِبِ الْأَصْلِيِّ وَتَحْكِيمُهُ وَإِنَّمَا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مدعى (((مدع))) من وَجْهٍ وَمُنْكِرٌ من وَجْهٍ

أَمَّا الزَّوْجُ فَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَدَّعِي عليه زِيَادَةَ أَلْفٍ وهو مُنْكِرٌ وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلِأَنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي عليها تَسْلِيمَ النَّفْسِ عِنْدَ تَسْلِيمِ الْأَلْفِ إلَيْهَا وَهِيَ تُنْكِرُ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِيًا من وَجْهٍ وَمُنْكِرًا من وَجْهٍ فَيَتَحَالَفَانِ لِقَوْلِهِ وَالْيَمِينُ على من أَنْكَرَ وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ أَشَدُّ إنْكَارًا أو أَسْبَقُ إنْكَارًا من الْمَرْأَةِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ قبل تَسْلِيمِ النَّفْسِ وَبَعْدَهُ وَلَا إنْكَارَ من الْمَرْأَةِ بَعْدَ تَسْلِيمِ النَّفْسِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ هو أَسْبَقُ إنْكَارًا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَقْبِضُ الْمَهْرَ أَوَّلًا ثُمَّ تُسَلِّمُ نَفْسَهَا فَتُطَالِبُهُ بِأَدَاءِ الْمَهْرِ إلَيْهَا وهو يُنْكِرُ فَكَانَ هو أَسْبَقُ إنْكَارًا فَكَانَتْ الْبِدَايَةُ بِالتَّحْلِيفِ منه أَوْلَى لِمَا قُلْنَا في اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ

ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ التَّحَالُفَ في هذه الْفُصُولِ الثَّلَاثَةِ وَأَنْكَرَ الْجَصَّاصُ التَّحَالُفَ إلَّا في فَصْلٍ وَاحِدٍ وهو ما إذَا لم يَشْهَدْ مَهْرُ الْمِثْلِ لِدَعْوَاهُمَا بِأَنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِمَّا قال الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا قالت الْمَرْأَةُ وَكَذَا في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

لم يذكر التَّحَالُفَ إلَّا في هذا الْفَصْلِ

وَجْهُهُ أَنَّ الْحَاجَةَ إلَى التَّحَالُفِ فِيمَا لَا شَهَادَةَ لِلظَّاهِرِ فإذا كان مَهْرُ الْمِثْلِ مِثْلَ ما يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَلَا حَاجَةَ إلَى التَّحَالُفِ وَالظَّاهِرُ لَا يَشْهَدُ لِأَحَدِهِمَا في الثَّالِثِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى التَّحَالُفِ

وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بَعْدَ سُقُوطِ اعْتِبَارِ التَّسْمِيَةِ وَالتَّسْمِيَةُ لايسقط اعْتِبَارُهَا إلَّا بِالتَّحَالُفِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَكُونُ حُجَّةً على الْغَيْرِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى التَّحَالُفِ ثُمَّ إذَا وَجَبَ التَّحَالُفُ وبدىء (((وبدئ))) بِيَمِينِ الزَّوْجِ فَإِنْ نَكَلَ يقضي عليه بِأَلْفَيْنِ لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ يقضي بها في بَابِ الْأَمْوَالِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ وهو أَنْ يُعْطِيَهَا مَكَانَ الدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْأَلْفَيْنِ قد تَثْبُتُ بِالنُّكُولِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ وَمِنْ شَأْنِ الْمُسَمَّى أَنْ لَا يَكُونَ لِلزَّوْجِ الْعُدُولُ عنه إلَى غَيْرِهِ إلَّا بِرِضَا الْمَرْأَةِ وَإِنْ حَلَفَ تَحْلِفُ الْمَرْأَةُ فَإِنْ نَكَلَتْ لم يُقْضَ على الزَّوْجِ إلَّا بِالْأَلْفِ وَلَا خِيَارَ له لِمَا قُلْنَا في نُكُولِ الزَّوْجِ وَإِنْ حَلَفَتْ يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا قضى لها على الزَّوْجِ بِأَلْفٍ وَلَا خِيَارَ له لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْأَلْفِ قد تَثْبُتُ بِتَصَادُقِهِمَا فَيُمْنَعُ الْخِيَارُ

وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفَيْنِ قضى لها بِأَلْفَيْنِ وَلَهُ الْخِيَارُ في أَخْذِ الْأَلْفَيْنِ دُونَ الْآخَرِ لِثُبُوتِ تَسْمِيَةِ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ بِتَصَادُقِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ قضى لها بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَلَا خِيَارَ له في قَدْرِ الْأَلْفِ بِتَصَادُقِهِمَا وَلَهُ الْخِيَارُ في قَدْرِ الْخَمْسِمِائَةِ لِأَنَّهُ لم تَثْبُتْ تَسْمِيَةُ هذا الْقَدْرِ فَكَانَ سَبِيلُهَا سَبِيلَ مَهْرِ الْمِثْلِ فَكَانَ له الْخِيَارُ فيها وَلَا يُفْسَخُ الْعَقْدُ بَعْدَ التَّحَالُفِ في قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال ابن أبي لَيْلَى يُفْسَخُ كما في الْبَيْعِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ بَدَلٍ
وَلَنَا الْفَرْقُ بين الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ وهو أَنَّهُ لَمَّا سَقَطَ اعْتِبَارُ التَّسْمِيَةِ في بَابِ الْبَيْعِ يَبْقَى الْبَيْعُ بِلَا ثَمَنٍ وَالْبَيْعُ بِلَا ثَمَنٍ بَيْعٌ فَاسِدٌ وَاجِبُ الرَّفْعِ رَفْعًا لِلْفَسَادِ وَذَلِكَ بِالْفَسْخِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ أَصْلًا في النِّكَاحِ لَا يُوجِبُ فَسَادَهُ فَسُقُوطُ اعْتِبَارِهِ بِجَهَالَةِ الْمُسَمَّى بِالتَّعَارُضِ أَوْلَى فَلَا حَاجَةَ إلَى الْفَسْخِ فَهُوَ الْفَرْقُ هذا إذَا لم يَقُمْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ فَأَمَّا إذَا قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ فإنه يقضي بِبَيِّنَتِهِ لِأَنَّهَا قَامَتْ على أَمْرٍ جَائِزِ الْوُجُودِ وَلَا مُعَارِضَ لها فَتُقْبَلُ وَلَا يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ لأنه تَحْكِيمَهُ ضَرُورِيٌّ وَلَا ضَرُورَةَ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ وَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ تَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وإنها تَمْنَعُ الْخِيَارَ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ يقضي بِبَيِّنَتِهَا لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةَ أَلْفٍ فَكَانَتْ مُظْهِرَةً وَبَيِّنَةُ الزَّوْجِ لم تُظْهِرْ شيئا لِأَنَّهَا قَامَتْ على أَلْفٍ وَالْأَلْفُ كان ظَاهِرًا بِتَصَادُقِهِمَا أو نَقُولُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ أَكْثَرُ إظْهَارًا فَكَانَ الْقَضَاءُ بها أَوْلَى وَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ في الْأَلْفَيْنِ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ تَثْبُتُ بِتَصَادُقِهِمَا وَتَسْمِيَةُ الْآخَرِ تَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالتَّسْمِيَةُ تَمْنَعُ الْخِيَارَ
وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفَيْنِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ يقضي بِبَيِّنَتِهَا أَيْضًا لِأَنَّهَا تُظْهِرُ زِيَادَةَ أَلْفٍ لم تَكُنْ ظَاهِرَةً بِتَصَادُقِهِمَا وَإِنْ كانت ظَاهِرَةً بِشَهَادَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ لَكِنَّ هذا الظَّاهِرَ لَا يَكُونُ حُجَّةً على الْغَيْرِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يقضي بِهِ بِدُونِ الْيَمِينِ أو الْبَيِّنَةِ وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ بِنَفْسِهِ فَكَانَتْ بينتها (((بينتها))) هِيَ الْمُظْهِرَةُ أو كانت أَكْثَرَ إظْهَارًا وَبَيِّنَةُ الزَّوْجِ لَيْسَتْ بِمُظْهِرَةٍ لِأَنَّ الْأَلْفَ كان ظَاهِرًا بِتَصَادُقِهِمَا أو هِيَ أَقَلُّ إظْهَارًا فَكَانَ الْقَضَاءُ بِبَيِّنَتِهَا أَوْلَى
وقال بَعْضُهُمْ يقضي بِبَيِّنَةِ الزَّوْجِ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الزَّوْجِ تُظْهِرُ حط (((حط))) الْأَلْفِ عن مَهْرِ الْمِثْلِ وَذَلِكَ أَلْفَانِ لِثُبُوتِ الْأَلْفَيْنِ بِشَهَادَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَيَظْهَرُ حَطٌّ عن مَهْرِ الْمِثْلِ بِشَهَادَتِهِ وَبَيِّنَتُهَا لَا تُظْهِرُ شيئا لِأَنَّ أَحَدَ الْأَلْفَيْنِ كان ظَاهِرًا بِتَصَادُقِهِمَا وَالْآخَرُ كان ظَاهِرًا بِشَهَادَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو يُظْهِرَ صِفَةَ التَّعْيِينِ لِلْأَلْفَيْنِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِشَهَادَةِ مَهْرِ الْمِثْلِ أو يُظْهِرُ صِفَةَ التَّعْيِينِ لَهُمَا وَبَيِّنَتُهُ مُظْهِرَةٌ لِلْأَصْلِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِبَيِّنَتِهِ أَوْلَى وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ بَطَلَتْ الْبَيِّنَتَانِ لِلتَّعَارُضِ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يَشْهَدُ لِأَحَدِهِمَا فَكَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُظْهِرَةً وَلَيْسَ الْقَضَاءُ بِإِحْدَاهُمَا أَوْلَى من لأخرى (((الأخرى))) فَبَطَلَتْ فَبَقِيَ الْحُكْمُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَلَا خِيَارَ له في قَدْرِ الْأَلْفِ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ الْتَحَقَتَا بِالْعَدَمِ لِلتَّعَارُضِ فَبَقِيَ هذا الْقَدْرُ مُسَمًّى بِتَصَادُقِهِمَا وَلَهُ خِيَارٌ في قَدْرِ الْخَمْسِمِائَةِ لِثُبُوتِهِ على وَجْهِ مَهْرِ الْمِثْلِ
وَكَذَلِكَ إنْ كان دَيْنًا مَوْصُوفًا في الذِّمَّةِ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على مَكِيلٍ مَوْصُوفٍ أو مَوْزُونٍ مَوْصُوفٍ أو مَذْرُوعٍ مَوْصُوفٍ
فَاخْتَلَفَا في قَدْرِ الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ أو الذَّرْعِ فَالِاخْتِلَافُ فيه كَالِاخْتِلَافِ في قَدْرِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَلِهَذَا يَتَحَالَفَانِ وَيُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْقَدْرَ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْقُودٌ عليه وَكَذَا في الْمَذْرُوعِ إذَا كان في الذِّمَّةِ وَإِنْ لم يَكُنْ مَعْقُودًا عليه بَلْ كان جَارِيًا مَجْرَى الصِّفَةِ إذَا كان عَيْنًا لِأَنَّ ما في الذِّمَّةِ غَائِبٌ مَذْكُورٌ يَخْتَلِفُ أَصْلُهُ بِاخْتِلَافِ

وَصْفِهِ فَجَرَى الْوَصْفُ فِيمَا في الذِّمَّةِ مَجْرَى الْأَصْلِ وَلِهَذَا كان الِاخْتِلَافُ في صِفَةِ الْمُسْلَمِ فيه مُوجِبًا لِلتَّحَالُفِ فَكَانَ اخْتِلَافُهُمَا في الْوَصْفِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِهِمَا في الْأَصْلِ وَذَلِكَ يُوجِبُ التَّحَالُفَ كَذَا هذا

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَتَحَالَفَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مع يَمِينِهِ وَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ في جِنْسِ الْمُسَمَّى بِأَنْ قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على عَبْدٍ فقالت على جَارِيَةٍ أو قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على كُرِّ شَعِيرٍ فقالت على كُرِّ حِنْطَةٍ أو على ثِيَابٍ هَرَوِيَّةٍ أو قال على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَالَتْ على مِائَةِ دينارا (((دينار))) وفي نَوْعِهِ كَالتُّرْكِيِّ مع الرُّومِيِّ وَالدَّنَانِيرِ الْمِصْرِيَّةِ مع الصُّورِيَّةِ أو في صِفَتِهِ من الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَالِاخْتِلَافُ فيه كَالِاخْتِلَافِ في الْعَيْنَيْنِ إلَّا الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ فإن الِاخْتِلَافَ فِيهِمَا كَالِاخْتِلَافِ في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْجِنْسَيْنِ وَالنَّوْعَيْنِ وَالْمَوْصُوفَيْنِ لَا يُمْلَكُ إلَّا بِالتَّرَاضِي بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لَكِنَّهُمَا في بَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ يقضي من جِنْسِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَجَازَ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْمِائَةَ دِينَارٍ من غَيْرِ تَرَاضٍ بِخِلَافِ الْعَبْدِ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يقضي من جِنْسِهِ فلم يَجُزْ أَنْ يُمْلَكَ من غَيْرِ تَرَاضٍ فيقضي بِقَدْرِ قِيمَتِهِ

هذا إذَا كان الْمَهْرُ دَيْنًا فَأَمَّا إذَا كان عَيْنًا فَإِنْ اخْتَلَفَا في قَدْرِهِ فَإِنْ كان مِمَّا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على طَعَامٍ بِعَيْنِهِ فَاخْتَلَفَا في قَدْرِهِ فقال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على هذا الطَّعَامِ بِشَرْطِ أَنَّهُ كُرٌّ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ تَزَوَّجْتَنِي عليه بِشَرْطِ أَنَّهُ كُرَّانِ فَهِيَ مِثْلُ الِاخْتِلَافِ في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا على ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ كُلُّ ذِرَاعٍ منه يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَاخْتَلَفَا فقال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على هذا الثَّوْبِ بِشَرْطِ أَنَّهُ ثَمَانِيَةُ أَذْرُعٍ فقالت بِشَرْطِ أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ لَا يَتَحَالَفَانِ وَلَا يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بِالْإِجْمَاعِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الطَّعَامِ وَالثَّوْبِ أَنَّ الْقَدْرَ في بَابِ الطَّعَامِ مَعْقُودٌ عليه حَقِيقَةً وَشَرْعًا أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَلِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه عَيْنٌ وَذَاتُ حَقِيقَةٍ وَأَمَّا الشَّرْعُ فإنه إذَا اشْتَرَى طَعَامًا على أَنَّهُ عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ فَوَجَدَهُ أَحَدَ عَشَرَ لَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ وَالِاخْتِلَافُ في الْمَعْقُودِ عليه يُوجِبُ التَّحَالُفَ

فَأَمَّا الْقَدْرُ في بَابِ الثَّوْبِ وَإِنْ كان من أَجْزَاءِ الثَّوْبِ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ جَارٍ مَجْرَى الْوَصْفِ وهو صِفَةُ الْجَوْدَةِ شَرْعًا لِأَنَّهُ يُوجِبُ صِفَةَ الْجَوْدَةِ لِغَيْرِهِ من الْأَجْزَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ من اشْتَرَى ثَوْبًا على أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ فَوَجَدَهُ أَحَدَ عَشَرَ طَابَ له للفصل (((الفضل))) وَالِاخْتِلَافُ في صِفَةِ الْمَعْقُودِ عليه إذَا كان عَيْنًا لَا يُوجِبُ للتحالف (((التحالف))) كما إذَا اخْتَلَفَا في صِفَةِ الْجَوْدَةِ في الْعَيْنِ وَالْأَصْلُ أَنَّ ما يُوجِبُ فَوَاتُ بَعْضِهِ نُقْصَانًا في الْبَقِيَّةِ فَهُوَ جَارٍ مَجْرَى الصِّفَةِ وما لَا يُوجِبُ فَوَاتُ بَعْضِهِ نُقْصَانًا في الْبَاقِي لَا يَكُونُ جَارِيًا مَجْرَى الصِّفَةِ وَإِنْ اخْتَلَفَا في جِنْسِهِ وَعَيْنِهِ كَالْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ بِأَنْ قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على هذا الْعَبْدِ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ على هذه الْجَارِيَةِ فَهُوَ مِثْلُ الِاخْتِلَافِ في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ إلَّا في فَصْلٍ وَاحِدٍ وهو ما إذَا كان مَهْرُ مِثْلِهَا مِثْلَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ أو أَكْثَرَ فَلَهَا قِيمَةُ الْجَارِيَةِ لَا عَيْنُهَا لِأَنَّ تَمْلِيكَ الْجَارِيَةِ لَا يَكُونُ إلَّا بِالتَّرَاضِي ولم يَتَّفِقَا على تَمْلِيكِهَا فلم يُوجَدْ الرِّضَا من صَاحِبِ الْجَارِيَةِ بِتَمْلِيكِهَا فَتَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ فيقضي بِقِيمَتِهَا بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَا في الدَّرَاهِمِ أو الدَّنَانِيرِ فقال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على أَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ على مِائَةِ دِينَارٍ إن الِاخْتِلَافَ فيه كَالِاخْتِلَافِ في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ على مَعْنَى أَنَّ مَهْرَ مِثْلِهَا إنْ كان مِثْلَ مِائَةِ دِينَارٍ أو أَكْثَرَ فَلَهَا

الْمِائَةُ دِينَارٍ لِمَا مَرَّ أَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يقضي من جِنْسِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَلَا يُشْتَرَطُ فيه التَّرَاضِي بِخِلَافِ الْعَبْدِ فإن مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يقضي من جِنْسِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُمْلَكَ من غَيْرِ مرضاة (((مراضاة))) وَلَا يَكُونُ لها أَكْثَرُ من قميتها (((قيمتها))) وَإِنْ كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ من قميتها (((قيمتها))) لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بهذا الْقَدْرِ وما كان الْقَوْلُ فيه أَيْ من الْعَيْنِ قَوْلَ الزَّوْجِ فَهَلَكَ فَاخْتَلَفَا في قَدْرِ قِيمَتِهِ فَالْقَوْلُ فيه قَوْلُ الزَّوْجِ أَيْضًا لِأَنَّ الْمُسَمَّى مُجْمَعٌ عليه فَكَانَتْ الْقِيمَةُ دَيْنًا عليه وَالِاخْتِلَافُ إذَا وَقَعَ في قَدْرِ الدَّيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَدْيُونِ كما في سَائِرِ الدُّيُونِ هذا كُلُّهُ إذَا اخْتَلَفَا قبل الطَّلَاقِ وَلَوْ اخْتَلَفَا بَعْدَ الطَّلَاقِ فَإِنْ كان بَعْدَ الدُّخُولِ أو قبل الدُّخُولِ بَعْدَ الْخَلْوَةِ فَالْجَوَابُ في الْفُصُولِ كُلِّهَا كَالْجَوَابِ فِيمَا لو اخْتَلَفَا حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بَعْدَ الدُّخُولِ أو قبل الدُّخُولِ بَعْدَ الْخَلْوَةِ مِمَّا لَا يُوجِبُ سُقُوطَ مَهْرِ الْمِثْلِ وَإِنْ كان قبل الدُّخُولِ بها وَقَبْلَ الْخَلْوَةِ فَإِنْ كان الْمَهْرُ دَيْنًا فَاخْتَلَفَا في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ وَيُتَنَصَّفُ ما يقول الزَّوْجُ

كَذَا ذُكِرَ في كِتَابِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ ولم يُذْكَرْ الِاخْتِلَافُ

كَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُتَنَصَّفُ ما يقول الزَّوْجُ ولم يذكر الْخِلَافَ

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ وَحَكَى الْإِجْمَاعَ فقال

لها نِصْفُ الْأَلْفِ في قَوْلِهِمْ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وقال يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَرْأَةِ إلَى مُتْعَةِ مِثْلِهَا وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ في الزِّيَادَةِ على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ

وَوَجْهُهُ إن الْمُسَمَّى لم يَثْبُتْ لِوُقُوعِ الِاخْتِلَافِ فيه وَالطَّلَاقُ قبل الدُّخُولِ في نِكَاحٍ لَا تَسْمِيَةَ فيه يُوجِبُ الْمُتْعَةَ وَيُحْكَمُ مُتْعَةُ مِثْلِهَا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَرْضَى بِذَلِكَ وَالزَّوْجُ لَا يَرْضَى بِالزِّيَادَةِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ في الزِّيَادَةِ وَالصَّحِيحُ هو الْأَوَّلُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى تَحْكِيمِ مَهْرِ الْمِثْلِ هَهُنَا لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ لَا يَثْبُتُ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فَتَعَذَّرَ تَحْكِيمُهُ فَوَجَبَ إثْبَاتُ الْمُتَيَقَّنِ وهو نِصْفُ الْأَلْفِ وَمُتْعَةُ مِثْلِهَا لَا تَبْلُغُ ذلك عَادَةً فَلَا مَعْنَى لِتَحْكِيمِ الْمُتْعَةِ على إقْرَارِ الزَّوْجِ بِالزِّيَادَةِ

وَقِيلَ لَا خِلَافَ بين الرِّوَايَتَيْنِ في الْحَقِيقَةِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْجَوَابُ لِاخْتِلَافِ وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ فَوَضْعُ الْمَسْأَلَةِ في كِتَابِ النِّكَاحِ في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ وَلَا وَجْهَ لِتَحْكِيمِ الْمُتْعَةِ لِأَنَّ الزَّوْجَ أَقَرَّ لها بِخَمْسِمِائَةٍ وَهِيَ تَزِيدُ على مُتْعَةِ مِثْلِهَا عَادَةً فَقَدْ أَقَرَّ الزَّوْجُ لها بِمُتْعَةِ مِثْلِهَا وَزِيَادَةٍ فَكَانَ لها ذلك وَوَضَعَهَا في الْجَامِعِ الْكَبِيرِ في الْعَشَرَةِ وَالْمِائَةِ بِأَنْ قال الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُكِ على عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ تَزَوَّجْتَنِي على مِائَةِ دِرْهَمٍ وَمُتْعَةُ مِثْلِهَا عِشْرُونَ فَفِي هذه الصُّورَةِ يَكُونُ الزَّوْجُ مُقِرًّا لها بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ وَذَلِكَ أَقَلُّ من مُتْعَةِ مِثْلِهَا عَادَةً فَكَانَ لها مُتْعَةُ مِثْلِهَا

وَإِنْ كان الْمَهْرُ عَيْنًا كما في مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ إلَّا أَنْ يَرْضَى الزَّوْجُ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الْجَارِيَةِ بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَا في الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ لِأَنَّ نِصْفَ الْأَلْفِ هُنَاكَ ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ لِاتِّفَاقِهِمَا على تَسْمِيَةِ الْأَلْفِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِنِصْفِهَا حُكْمًا بِالْمُتَيَقَّنِ وَالْمِلْكُ في نِصْفِ الْجَارِيَةِ ليس بِثَابِتٍ بِيَقِينٍ لِأَنَّهُمَا لم يَتَّفِقَا على تَسْمِيَةِ أَحَدِهِمَا فلم يُمْكِنْ الْقَضَاءُ بِنِصْفِ الْجَارِيَةِ إلَّا بِاخْتِيَارِهِمَا فإذا

لم يُوجَدْ سَقَطَ الْبَدَلَانِ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ إلَى الْمُتْعَةِ هذا إذَا كان الِاخْتِلَافُ في حَيَاةِ الزَّوْجَيْنِ فَإِنْ كان في حَيَاةِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ مَوْتِ الْآخَرِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إلَى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلِهَا إنْ كانت حَيَّةً وَقَوْلُ وَرَثَتِهَا إنْ كانت مَيِّتَةً وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ وَوَرَثَتِهِ في الزِّيَادَةِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ إلَّا أَنْ يَأْتُوا بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ

وَإِنْ كان الِاخْتِلَافُ بين وَرَثَةِ الزَّوْجَيْنِ فَإِنْ اخْتَلَفُوا في أَصْلِ التَّسْمِيَةِ وَكَوْنِهَا فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ لَا أَقضى بِشَيْءٍ حتى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ على أَصْلِ التَّسْمِيَةِ وَعِنْدَهُمَا يقضي بِمَهْرِ الْمِثْلِ كما في حَالِ الْحَيَاةِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ التَّسْمِيَةَ إذَا لم تَثْبُتْ لِاخْتِلَافِهِمَا وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْعَقْدِ فَيَبْقَى بَعْدَ مَوْتِهِمَا كَالْمُسَمَّى وَصَارَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا ثُمَّ مَاتَا

وَجَوَابُ أبي حَنِيفَةَ هُنَاكَ أَنَّهُ لَا يقضي بِشَيْءٍ حتى تَقُومَ البنية (((البينة))) على التَّسْمِيَةِ

أَمَّا قَوْلُهُمَا إن مَهْرَ الْمِثْلِ يَجِبُ بِالْعَقْدِ عِنْدَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ فَالْجَوَابُ عنه من وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّهُ وَجَبَ لَكِنَّهُ لم يَبْقَ إذْ الْمَهْرُ لَا يَبْقَى بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجَيْنِ عَادَةً

وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ في الْمَسْأَلَةِ بَلْ الظَّاهِرُ هو الِاسْتِيفَاءُ وَالْإِبْرَاءُ هذا هو الْعَادَةُ بين الناس فَلَا يَثْبُتُ الْبَقَاءُ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ

وَالثَّانِي لَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ بَقِيَ لَكِنَّهُ تَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِهِ لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ عِنْدَ التَّقَادُمِ وَعِنْدَ التَّقَادُمِ لَا يدري ما حَالُهَا وَمَهْرُ الْمِثْلِ يُقَدَّرُ بِحَالِهَا فَيَتَعَذَّرُ التَّقْدِيرُ على أَنَّ اعْتِبَارَ مَهْرِهَا بِمَهْرِ مِثْلِ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا فإذا مَاتَا فَالظَّاهِرُ مَوْتُ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا فَلَا يُمْكِنُ التَّقْدِيرُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ في هذه الْمَسْأَلَةِ مُشْكِلٌ وَلَوْ اخْتَلَفَتْ الْوَرَثَةُ في قَدْرِ الْمَهْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ إلَّا أَنْ يَأْتُوا بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ جِدًّا

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الْمَرْأَةِ إلَى قَدْرِ مَهْرِ مِثْلِهَا كما في حَالِ الْحَيَاةِ

وَلَوْ بَعَثَ الزَّوْجُ إلَى امْرَأَتِهِ شيئا فَاخْتَلَفَا فقالت الْمَرْأَةُ هو هَدِيَّةٌ وقال الزَّوْجُ هو من الْمَهْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إلَّا في الطَّعَامِ الذي يُؤْكَلُ لِأَنَّ الزَّوْجَ هو الْمُمَلِّكُ فَكَانَ أَعْرَفَ بِجِهَةِ تَمْلِيكِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ إلَّا فِيمَا يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ وهو الطَّعَامُ الذي يُؤْكَلُ لِأَنَّهُ لَا يُبْعَثُ مَهْرًا عَادَةً

فَصْلٌ وَمِمَّا يَتَّصِلُ بهذا اخْتِلَافُ الزَّوْجَيْنِ في مَتَاعِ الْبَيْتِ وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الِاخْتِلَافَ في مَتَاعِ الْبَيْتِ إمَّا أَنْ يَكُونَ بين الزَّوْجَيْنِ في حَالِ حَيَاتِهِمَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بين وَرَثَتِهِمَا بَعْدَ وَفَاتِهِمَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في حَالِ حَيَاةِ أَحَدِهِمَا وَمَوْتِ الْآخَرِ فَإِنْ كان في حَالِ حَيَاتِهِمَا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ في حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ زَوَالِهِ بِالطَّلَاقِ فَإِنْ كان في حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ فما كان يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ كَالْعِمَامَةِ وَالْقَلَنْسُوَةِ وَالسِّلَاحِ وَغَيْرِهَا فَالْقَوْلُ فيه قَوْلُ الزَّوْجِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له وما يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ مِثْلُ الْخِمَارِ وَالْمِلْحَفَةِ وَالْمِغْزَلِ وَنَحْوِهَا فَالْقَوْلُ فيه قَوْلُ الزَّوْجَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لها

وما يَصْلُحُ لَهُمَا جميعا كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْعُرُوضِ وَالْبُسُطِ وَالْحُبُوبِ وَنَحْوِهَا فَالْقَوْلُ فيه قَوْلُ الزَّوْجِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ
وقال أبو يُوسُفَ
الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إلَى قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا في الْكُلِّ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ في الْبَاقِي
وقال زُفَرُ في قَوْلٍ الْمُشْكِلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ
وفي قَوْلٍ آخَرَ وهو قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ الْكُلُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ
وقال ابن أبي لَيْلَى الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ في الْكُلِّ إلَّا في ثِيَابِ بَدَنِ الْمَرْأَةِ وقال الْحَسَنُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ في الْكُلِّ إلَّا في ثِيَابِ بَدَنِ الرَّجُلِ
وَجْهُ قَوْلِ الْحَسَنِ أَنَّ يَدَ الْمَرْأَةِ على ما في دَاخِلِ الْبَيْتِ أَظْهَرُ منه في يَدِ الرَّجُلِ فَكَانَ الظَّاهِرُ لها شَاهِدًا إلَّا في ثِيَابِ بَدَنِ الرَّجُلِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهَا في ذلك وَيُصَدِّقُ الزَّوْجَ
وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ أبي لَيْلَى أَنَّ الزَّوْجَ أَخَصُّ بِالتَّصَرُّفِ فِيمَا في الْبَيْتِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له إلَّا في ثِيَابِ بَدَنِهَا فإن الظَّاهِرَ يُصَدِّقُهَا فيه وَيُكَذِّبُ الرَّجُلَ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ يَدَ كل وَاحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ إذَا كَانَا حُرَّيْنِ ثَابِتَةٌ على ما في الْبَيْتِ فَكَانَ الْكُلُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وهو قِيَاسُ قَوْلِهِ إلَّا أَنَّهُ خَصَّ الْمُشْكِلَ بِذَلِكَ في قَوْلٍ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِأَحَدِهِمَا في الْمُشْكِلِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلْمَرْأَةِ إلَى قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَخْلُو عن الْجَهَازِ عَادَةً فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لها في ذلك الْقَدْرِ فَكَانَ الْقَوْلُ في هذا الْقَدْرِ قَوْلَهَا وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِلرَّجُلِ في الْبَاقِي فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ في الْبَاقِي
وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن يَدَ الزَّوْجِ على ما في الْبَيْتِ أَقْوَى من يَدِ الْمَرْأَةِ لِأَنَّ يَدَهُ يَدٌ مُتَصَرِّفَةٌ وَيَدُهَا يَدٌ حَافِظَةٌ وَيَدُ التَّصَرُّفِ أَقْوَى من يَدِ الْحِفْظِ كَاثْنَيْنِ يَتَنَازَعَانِ في دَابَّةٍ وَأَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا أَنَّ الرَّاكِبَ أَوْلَى أَلَا أَنَّ فِيمَا يَصْلُحُ لها عَارَضَ هذا الظَّاهِرَ ما هو أَظْهَرُ منه فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ
وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ ما طَلَّقَهَا ثَلَاثًا أو بَائِنًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ لِأَنَّهَا صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً بِالطَّلَاقِ فَزَالَتْ يَدُهَا وَالْتَحَقَتْ بِسَائِرِ الْأَجَانِبِ
هذا إذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ قبل الطَّلَاقِ أو بَعْدَهُ فَأَمَّا إذَا مَاتَا فَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الْمَرْأَةِ إلَى قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا وَقَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ في الْبَاقِي لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُورَثِ فَصَارَ كَأَنَّ الْمُورَثَيْنِ اخْتَلَفَا بِأَنْفُسِهِمَا وَهُمَا حَيَّانِ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَ الْحَيُّ وَوَرَثَةُ الْمَيِّتِ فَإِنْ كان الْمَيِّتُ هو الْمَرْأَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا لو كانت حَيَّةً لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَبَعْدَ الْمَوْتِ أَوْلَى وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَتِهَا إلَى قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا وَإِنْ كان الْمَيِّتُ هو الزَّوْجُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ في الْمُشْكِلِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ في قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْوَارِثَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُورَثِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَتَاعَ كان في يَدِهِمَا في حَيَاتِهِمَا لِأَنَّ الْحُرَّةَ من أَهْلِ الْمِلْكِ وَالْيَدِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كما قال زُفَرُ لِأَنَّ يَدَ الزَّوْجِ كانت أَقْوَى فَسَقَطَتْ يَدُهَا بِيَدِ الزَّوْجِ فإذا مَاتَ الزَّوْجُ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَظَهَرَتْ يَدُهَا على الْمَتَاعِ
وَلَوْ طَلَّقَهَا في مَرَضِهِ ثَلَاثًا أو بَائِنًا فَمَاتَ ثُمَّ اخْتَلَفَتْ هِيَ وَوَرَثَةُ الزَّوْجِ فَإِنْ مَاتَ بَعْدُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ في الْمُشْكِلِ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ وَرَثَتِهِ بَعْدَهُ أَيْضًا وَإِنْ مَاتَ قبل انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ في الْمُشْكِلِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ في قَدْرِ

جَهَازِ مِثْلِهَا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْعِدَّةَ إذَا كانت قَائِمَةً كان النِّكَاحُ قَائِمًا من وَجْهٍ فَصَارَ كما لو مَاتَ الزَّوْجُ قبل الطَّلَاقِ وَبَقِيَتْ الْمَرْأَةُ وَهُنَاكَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ في الْمُشْكِلِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ في قَدْرِ جَهَازِ مِثْلِهَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الزَّوْجِ كَذَا هَهُنَا
هذا كُلُّهُ إذَا كان الزَّوْجَانِ حُرَّيْنِ أو مَمْلُوكَيْنِ أو مُكَاتَبَيْنِ فَأَمَّا إذَا كان أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ مَمْلُوكًا أو مُكَاتَبًا فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْحُرِّ
وَعِنْدَهُمَا إنْ كان الْمَمْلُوكُ مَحْجُورًا فَكَذَلِكَ وَأَمَّا إذَا كان مَأْذُونًا أو مُكَاتَبًا فَالْجَوَابُ فيه وَفِيمَا إذَا كَانَا حُرَّيْنِ سَوَاءٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ في مِلْكِ الْيَدِ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ بَلْ هو حُرٌّ يَدًا وَلِهَذَا كان أَحَقَّ بمكاسبة وَكَذَا الْمَأْذُونُ الْمَدْيُونُ فَصَارَ كما لو اخْتَلَفَا وَهُمَا حُرَّانِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَمْلُوكٌ أَمَّا الْمَأْذُونُ فَلَا شَكَّ فيه وَكَذَا الْمُكَاتَبُ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَالْعَبْدُ اسْمٌ لِلْمَمْلُوكِ وَالْمَمْلُوكُ لَا يَكُونُ من أَهْلِ الْمِلْكِ فَلَا تَصْلُحُ يَدُهُ دَلِيلًا على الْمِلْكِ فَلَا تَصْلُحُ مُعَارِضَةً لِيَدِ الْحُرِّ فَبَقِيَتْ يَدُهُ دَلِيلَ الْمِلْكِ من غَيْرِ مُعَارِضٍ بِخِلَافِ الْحُرَّيْنِ وَلَوْ كان الزَّوْجُ حُرًّا وَالْمَرْأَةُ أَمَةً أو مُكَاتَبَةً أو مُدَبَّرَةً أو أُمَّ وَلَدٍ فَأُعْتِقَتْ ثُمَّ اخْتَلَفَا في مَتَاعِ الْبَيْتِ فما أَحْدَثَا من الْمِلْكِ قبل الْعِتْقِ فَهُوَ

لِلزَّوْجِ لِأَنَّهُ حَدَثَ في وَقْتٍ لم تَكُنْ الْمَرْأَةُ فيه من أَهْلِ الْمِلْكِ وما أَحْدَثَا من الْمِلْكِ بَعْدَ الْعِتْقِ فَالْجَوَابُ فيه وفي الْحُرَّيْنِ سَوَاءٌ
وَلَوْ كان الزَّوْجُ مُسْلِمًا وَالْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً فَالْجَوَابُ فيه كَالْجَوَابِ في الزَّوْجَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ لِأَنَّ الْكُفْرَ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْمِلْكِ بِخِلَافِ الرِّقِّ وَكَذَا لو كان الْبَيْتُ مِلْكًا لِأَحَدِهِمَا لَا يَخْتَلِفُ الْجَوَابُ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْيَدِ لَا لِلْمِلْكِ
هذا كُلُّهُ إذَا لم تُقِرَّ الْمَرْأَةُ أَنَّ هذا الْمَتَاعَ اشْتَرَاهُ لي زَوْجِي فَإِنْ أَقَرَّتْ بِذَلِكَ سَقَطَ قَوْلُهَا
لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ بالملك (((بذلك))) لِزَوْجِهَا
ثُمَّ ادَّعَتْ الِانْتِقَالَ فَلَا يَثْبُتُ الِانْتِقَالُ إلَّا بِدَلِيلٍ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الْكَفَاءَةُ في إنْكَاحِ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ من الْأَخِ وَالْعَمِّ وَنَحْوِهِمَا الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ وفي إنْكَاحِ الْأَبِ وَالْجَدِّ اخْتِلَافُ أبي حَنِيفَةَ مع صَاحِبَيْهِ وَأَمَّا الطَّوْعُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ النِّكَاحِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فَيَجُوزُ نِكَاحُ الْمُكْرَهِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ وَهَذِهِ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْإِكْرَاهِ وَكَذَلِكَ الْجِدُّ ليس من شَرَائِطِ جَوَازِ النِّكَاحِ حتى يَجُوزَ نِكَاحُ الْهَازِلِ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْجِدَّ وَالْهَزْلَ في بَابِ النِّكَاحِ سَوَاءً
قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالنِّكَاحُ وَكَذَلِكَ الْعَمْدُ عِنْدَنَا حتى يَجُوزَ نِكَاحُ الخاطىء وهو الذي يَسْبِقُ على لِسَانِهِ كَلِمَةُ النِّكَاحِ من غَيْرِ قَصْدِهِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْخَطَأِ ليس إلَّا الْقَصْدُ وَأَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ النِّكَاحِ بِدَلِيلِ نِكَاحِ الْهَازِلِ وَكَذَلِكَ الْحِلُّ أعنى كَوْنَهُ حَلَالًا غير مُحْرِمٍ أو كَوْنَهَا حَلَالًا غير مُحْرِمَةٍ

ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ النِّكَاحِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شَرْطٌ حتى يَجُوزَ نِكَاحُ المحرمة ((المحرم)) وَالْمُحْرِمَةِ عِنْدَنَا لَكِنْ لَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا في حَالِ الْإِحْرَامِ وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْجِمَاعَ من مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ فَكَذَا النِّكَاحُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ دَاعٍ إلَى الْجِمَاعِ وَلِهَذَا حُرِّمَتْ الدَّوَاعِي على الْمُحْرِمِ كما حُرِّمَ عليه الْجِمَاعُ
وَلَنَا ما روى عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ رضي اللَّهُ عنها وهو حَرَامٌ وَأَدْنَى ما يُسْتَدَلُّ بِفِعْلِ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم هو الْجَوَازُ وَلَا يُعَارِضُ هذا ما رَوَى زَيْدُ بن الْأَصَمِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ وهو حَلَالٌ بِسَرَفٍ وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ ما تَزَوَّجَهَا إلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً فَيَقَعُ التَّعَارُضُ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِرِوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَوْلَى لِوَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّهُ يُثْبِتُ أَمْرًا عَارِضًا وهو الْإِحْرَامُ إذْ الْحِلُّ أَصْلٌ وَالْإِحْرَامُ عَارِضٌ فَتُحْمَلُ رِوَايَةُ زَيْدٍ على أَنَّهُ بني الْأَمْرَ على الْأَصْلِ وهو الْحِلُّ تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِالرِّوَايَتَيْنِ فَكَانَ رَاوِي الْإِحْرَامِ مُعْتَمِدًا على حَقِيقَةِ الْحَالِ وَرَاوِي الْحِلِّ بَانِيًا الْأَمْرَ على الظَّاهِرِ فَكَانَتْ رِوَايَةُ من اعْتَمَدَ حَقِيقَةَ الْحَالِ أَوْلَى وَلِهَذَا رَجَّحْنَا قَوْلَ الْجَارِحِ على الْمُزَكِّي كَذَا هذا وَالثَّانِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَفْقَهُ وَأَتْقَنُ من زَيْدٍ وَالتَّرْجِيحُ بِفِقْهِ الرَّاوِي وَإِتْقَانُهُ تَرْجِيحٌ صَحِيحٌ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وَلِأَنَّ الْمَعَانِيَ التي لها حُسْنُ النِّكَاحِ في غَيْرِ حَالِ الْإِحْرَامِ مَوْجُودَةٌ في حَالِ الْإِحْرَامِ فَكَانَ الْفَرْقُ بين الْحَالَيْنِ في الْحُكْمِ مع وُجُودِ الْمَعْنَى الْجَامِعِ بَيْنَهُمَا مُنَاقَضَةً وما ذَكَرَهُ من الْمَعْنَى يَبْطُلُ بِنِكَاحِ الْحَائِضِ وَالنُّفَسَاءِ فإنه جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان النِّكَاحُ سَبَبًا دَاعِيًا إلَى الْجِمَاعِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ ثُمَّ كُلُّ نِكَاحٍ جَازَ بين الْمُسْلِمِينَ وهو الذي اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ الْجَوَازِ التي وَصَفْنَاهَا فَهُوَ جَائِزٌ بين أَهْلِ الذِّمَّةِ وَأَمَّا ما فَسَدَ بين الْمُسْلِمِينَ من الْأَنْكِحَةِ فَإِنَّهَا مُنْقَسِمَةٌ في حَقِّهِمْ منها ما يَصِحُّ وَمِنْهَا ما يَفْسُدُ وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ كُلُّ نِكَاحٍ فَسَدَ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَسَدَ في حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ حتى لو أَظْهَرُوا النِّكَاحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ يُعْتَرَضُ عليهم وَيُحْمَلُونَ على أَحْكَامِنَا وَإِنْ لم يُرْفَعُوا إلَيْنَا وَكَذَا إذَا أَسْلَمُوا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ تَحَاكَمَا إلَيْنَا أو أَسْلَمَا بَلْ يُقَرَّانِ عليه
وَجْهُ قَوْلِهِمْ أنهم لَمَّا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَقَدْ الْتَزَمُوا أَحْكَامَنَا وَرَضُوا بها وَمِنْ أَحْكَامِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ بِغَيْرِ شُهُودٍ وَلِهَذَا لم يَجُزْ نِكَاحُهُمْ الْمَحَارِمَ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ وَلِأَنَّ تَحْرِيمَ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ في شَرِيعَتِنَا ثَبَتَ بِخِطَابِ الشَّرْعِ على سَبِيلِ الْعُمُومِ بِقَوْلِهِ لَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ وَالْكُفَّارُ مُخَاطَبُونَ بِشَرَائِعَ هِيَ حُرُمَاتٌ في الصَّحِيحِ من الْأَقْوَالِ فَكَانَتْ حُرْمَةُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ ثَابِتَةً في حَقِّهِمْ
وَلَنَا أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَدَيَّنُونَ النِّكَاحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ وَالْكَلَامُ فيه وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِتَرْكِهِمْ وما يَدِينُونَ إلَّا ما استثنى من عُقُودِهِمْ كَالزِّنَا وَهَذَا غَيْرُ مُسْتَثْنًى منها

فَيَصِحُّ في حَقِّهِمْ كما يَصِحُّ منهم تَمَلُّكُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَتَمْلِيكُهُمَا فَلَا يُعْتَرَضُ عليهم كما لَا يُعْتَرَضُ في الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطِ بَقَاءِ

النِّكَاحِ على الصِّحَّةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الشُّهُودِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَرْطُ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ في حَقِّ الْكَافِرِ لِأَنَّ في الشَّهَادَةِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ قال اللَّهُ تَعَالَى { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } فَلَا يُؤَاخَذُ الْكَافِرُ بِمُرَاعَاةِ هذا الشَّرْطِ في الْعَقْدِ وَلِأَنَّ نُصُوصَ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ مُطْلَقَةٌ عن شَرْطِ الشَّهَادَةِ وَالتَّقْيِيدُ بِالشَّهَادَةِ في نِكَاحِ الْمُسْلِمِ ثَبَتَ بِدَلِيلٍ فَمَنْ ادَّعَى التَّقْيِيدَ بها في حَقِّ الْكَافِرِ يَحْتَاجُ إلَى الدَّلِيلِ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أنهم بِالذِّمَّةِ الْتَزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فَنَعَمْ لَكِنَّ جَوَازَ أَنْكِحَتِهِمْ بِغَيْرِ شُهُودٍ من أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ وَقَوْلُهُ تَحْرِيمُ النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ عَامٌّ مَمْنُوعٌ بَلْ هو خَاصٌّ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ لِوُجُودِ الْمُخَصِّصِ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ وهو عُمُومَاتُ الْكِتَابِ

وَلَوْ تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً في عِدَّةٍ من ذِمِّيٍّ جَازَ النِّكَاحُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَهَذَا وَالنِّكَاحُ بِغَيْرِ شُهُودٍ سَوَاءٌ عِنْدَنَا حتى لَا يُعْتَرَضُ عَلَيْهِمَا بِالتَّفْرِيقِ وَإِنْ تَرَافَعَا إلَيْنَا وَلَوْ أَسْلَمَا يُقَرَّانِ على ذلك وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ النِّكَاحُ فَاسِدٌ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا

وَجْهُ قَوْلِهِمْ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا لِزُفَرَ في النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ وهو أَنَّهُمْ بِقَبُولِ الذِّمَّةِ الْتَزَمُوا أَحْكَامَنَا وَمِنْ أَحْكَامِنَا الْمُجْمَعِ عليها فَسَادُ نِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ وَلِأَنَّ الْخِطَابَ بِتَحْرِيمِ نِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ عَامٌّ قال تَعَالَى { وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حتى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ } وَالْكُفَّارُ مُخَاطَبُونَ بِالْحُرُمَاتِ وَكَلَامُ أبي حَنِيفَةَ على نَحْوِ ما تَقَدَّمَ أَيْضًا لِأَنَّ في دِيَانَتِهِمْ عَدَمَ وُجُوبِ الْعِدَّةِ وَالْكَلَامُ فيه فلم يَكُنْ هذا نِكَاحَ الْمُعْتَدَّةِ في اعْتِقَادِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وما يَدِينُونَ

وَكَذَا عُمُومَاتُ النِّكَاحِ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةُ مُطْلَقَةٌ عن هذه الشَّرِيطَةِ أَعْنِي الْخُلُوَّ عن الْعِدَّةِ وَإِنَّمَا عُرِفَ شَرْطًا في نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ بِالْإِجْمَاعِ وَقَوْلُهُ عز وجل { وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حتى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ } خِطَابٌ لِلْمُسْلِمِينَ أو يُحْمَلُ عليه عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ كُلِّهَا صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ فيها مَعْنَى الْعِبَادَةِ وَهِيَ حَقُّ الزَّوْجِ أَيْضًا من وَجْهٍ قال اللَّهُ تَعَالَى { فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ من عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا } فَمِنْ حَيْثُ هِيَ عِبَادَةٌ لَا يُمْكِنُ إيجَابُهَا على الْكَافِرَةِ لِأَنَّ الْكُفَّارَ لَا يُخَاطَبُونَ بِشَرَائِعَ هِيَ عِبَادَاتٌ أو قُرُبَاتٌ وَكَذَا من حَيْثُ هِيَ حَقُّ الزَّوْجِ لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يَعْتَقِدُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ إذَا تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً في عِدَّةٍ من مُسْلِمٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ يَعْتَقِدُ الْعِدَّةَ حَقًّا وَاجِبًا فَيُمْكِنُ الْإِيجَابُ لِحَقِّهِ إنْ كان لَا يُمْكِنُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى من حَيْثُ هِيَ عِبَادَةٌ وَلِهَذَا قُلْنَا إنَّهُ ليس لِلزَّوْجِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُجْبِرَ امْرَأَتَهُ الْكَافِرَةَ على الْغُسْلِ من الْجَنَابَةِ وَالْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ لِأَنَّ الْغُسْلَ من بَابِ الْقُرْبَةِ وَهِيَ لَيْسَتْ مُخَاطَبَةً بِالْقُرُبَاتِ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا من الْخُرُوجِ من الْبَيْتِ لِأَنَّ الْإِسْكَانَ حَقُّهُ

وَأَمَّا نِكَاحُ الْمَحَارِمِ وَالْجَمْعُ بين خَمْسِ نِسْوَةٍ وَالْجَمْعُ بين الْأُخْتَيْنِ فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ ذلك كُلَّهُ فَاسِدٌ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ فَسَادَ هذه الْأَنْكِحَةِ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ ثَبَتَ لِفَسَادِ قَطِيعَةِ الرَّحِمِ وَخَوْفِ الْجَوْرِ في قَضَاءِ الْحُقُوقِ من النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى وَالْكِسْوَةِ وَغَيْرِ ذلك

وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ إلَّا أَنَّهُ مع الْحُرْمَةِ وَالْفَسَادِ لَا يُتَعَرَّضُ لهم قبل الْمُرَافَعَةِ وَقَبْلَ الْإِسْلَامِ وَلِأَنَّهُمْ دَانُوا ذلك وَنَحْنُ أُمِرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ وما يَدِينُونَ كما لَا يُتَعَرَّضُ لهم في عِبَادَةِ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنْ كانت مُحَرَّمَةً

وإذا تَرَافَعَا إلَى الْقَاضِي فَالْقَاضِي يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا كما يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُمَا إذَا تَرَافَعَا فَقَدْ تَرَكَا ما دَانَاهُ وَرَضِيَا بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ جاؤوك (((جاءوك))) فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ }

وَأَمَّا إذَا لم يَتَرَافَعَا ولم يُوجَدْ الْإِسْلَامُ أَيْضًا فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ إنَّهُمَا

يُقَرَّانِ على نِكَاحِهِمَا وَلَا يُعْتَرَضُ عَلَيْهِمَا بِالتَّفْرِيقِ
وقال أبو يُوسُفَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا الْحَاكِمُ إذَا عَلِمَ ذلك سَوَاءٌ تَرَافَعَا إلَيْنَا أو لم يَتَرَافَعَا وَلَوْ رَفَعَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ قال أبو حَنِيفَةَ لَا يُعْتَرَضُ عَلَيْهِمَا ما لم يَتَرَافَعَا جميعا
وقال مُحَمَّدٌ إذَا رَفَعَ أَحَدُهُمَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا
أَمَّا الْكَلَامُ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَوَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ ظَاهِرُ قَوْله تَعَالَى { وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ } أَمَرَ رَسُولَ اللَّهِ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَهُ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الْمُرَافَعَةِ وقد أَنْزَلَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى حُرْمَةَ هذه الْأَنْكِحَةِ فَيَلْزَمُ الْحُكْمُ بها مُطْلَقًا وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الشَّرَائِعِ هو الْعُمُومُ في حَقِّ الناس كَافَّةً إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ تَنْفِيذُهَا في دَارِ الْحَرْبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ وَأَمْكَنَ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَزِمَ التَّنْفِيذُ فيها وكان النِّكَاحُ فَاسِدًا وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ زِنًا من وَجْهٍ فَلَا يُمَكَّنُونَ منه كما لَا يُمَكَّنُونَ من الزِّنَا في دَارِ الْإِسْلَامِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ قَوْله تَعَالَى { فَإِنْ جاؤوك (((جاءوك))) فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أو أَعْرِضْ عَنْهُمْ } وَالْآيَةُ حُجَّةٌ له في الْمَسْأَلَتَيْنِ جميعا
أَمَّا في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَلِأَنَّهُ شَرَطَ الْمَجِيءَ لِلْحُكْمِ عليهم وَأَثْبَتَ

سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى التَّخْيِيرَ بين الْحُكْمِ وَالْإِعْرَاضِ إلَّا أَنَّهُ قام الدَّلِيلُ على نَسْخِ التَّخْيِيرِ وَلَا دَلِيلَ على نَسْخِ شَرْطِ الْمَجِيءِ فَكَانَ حُكْمُ الشَّرْطِ بَاقِيًا وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ على الْمُقَيَّدِ لتعزر (((لتعذر))) الْعَمَلِ بِهِمَا وَإِمْكَانِ جَعْلِ الْمُقَيَّدِ بَيَانًا لِلْمُطْلَقِ
وَأَمَّا في الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ فَلِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى شَرَطَ مَجِيئَهُمْ لِلْحُكْمِ عليهم فإذا جاء أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فلم يُوجَدْ الشَّرْطُ وهو مَجِيئُهُمْ فَلَا يُحْكَمُ بَيْنَهُمْ وروى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ كَتَبَ إلَى مَجُوسِ هَجَرَ إمَّا أَنْ تَذَرُوا الرِّبَا أو تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ من اللَّهِ وَرَسُولِهِ ولم يَكْتُبْ إلَيْهِمْ في أَنْكِحَتِهِمْ شيئا
وَلَوْ كان التَّفْرِيقُ مُسْتَحَقًّا قبل الْمُرَافَعَةِ لَكَتَبَ بِهِ كما كَتَبَ بِتَرْكِ الرِّبَا
وَرُوِيَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَمَّا فَتَحُوا بلا (((بلاد))) فَارِسَ لم (((ولم))) يَتَعَرَّضُوا لِأَنْكِحَتِهِمْ وما روى أَنَّ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه كَتَبَ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أُمَّهَاتِهِمْ لَا يَكَادُ يَثْبُتُ لِأَنَّهُ لو ثَبَتَ لَنُقِلَ على طَرِيقِ الِاسْتِفَاضَةِ لِتَوَفُّرِ الوداعي (((الدواعي))) إلَى نَقْلِهَا فلما لم يُنْقَلْ دَلَّ أَنَّهُ لم يَثْبُتْ أو يُحْمَلُ على أَنَّهُ كَتَبَ ثُمَّ رَجَعَ عنه ولم يُعْمَلْ بِهِ وَلِأَنَّ تَرْكَ التَّعَرُّضِ وَالْإِعْرَاضُ ثَبَتَ حَقًّا لَهُمَا فإذا رَفَعَ أَحَدُهُمَا فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ فَبَقِيَ حَقُّ الْآخَرِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَمَّا رَفَعَ أَحَدُهُمَا فَقَدْ رضي بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ فَيَلْزَمُ إجْرَاءُ حُكْمِ الْإِسْلَامِ في حَقِّهِ فَيَتَعَدَّى إلَى الْآخَرِ كما إذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا إلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يقول الرِّضَا بِالْحُكْمِ ليس نَظِيرَ الْإِسْلَامِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو رضي ثُمَّ رَجَعَ عنه قبل الْحُكْمِ عليه لم يُلْزِمْهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وبعدما أَسْلَمَ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْبَى الرِّضَا بِأَحْكَامِ الْإِسْلَامِ وإذا لم يَكُنْ ذلك أَمْرًا لَازِمًا ضَرُورِيًّا فَلَا يَتَعَدَّى إلَى غَيْرِهِ وَجَعَلَ رِضَاهُ في حَقِّ الْغَيْرِ كَالْعَدَمِ بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ وَذَكَرَ الْقَاضِي الْإِمَامُ أبو زَيْدٍ أَنَّ نكاح (((إنكاح))) الْمَحَارِمِ صَحِيحٌ فِيمَا بَيْنَهُمْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ بِدَلِيلِ أَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا تَزَوَّجَ بِمَحَارِمِهِ وَدَخَلَ بها لم يَسْقُطْ إحْصَانُهُ عِنْدَهُ

حتى لو قَذَفَهُ إنْسَانٌ بِالزِّنَا بعدما أَسْلَمَ يُحَدُّ قَاذِفُهُ عِنْدَهُ
وَلَوْ كان النِّكَاحُ فَاسِدًا لَسَقَطَ إحصائه (((إحصانه))) لِأَنَّ الدُّخُولَ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُسْقِطُ الْإِحْصَانَ كما في سَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ
وَكَذَلِكَ لو تَرَافَعَا إلَيْنَا فَطَلَبَتْ الْمَرْأَةُ النَّفَقَةَ فإن الْقَاضِيَ يَقْضِي بِالنَّفَقَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ فَدَلَّ أَنَّ نِكَاحَ الْمَحَارِمِ وَقَعَ صَحِيحًا فِيمَا بَيْنَهُمْ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ
وَاتَّفَقُوا على أَنَّهُ لو تَزَوَّجَ حَرْبِيٌّ أُخْتَيْنِ في عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أو على التَّعَاقُبِ ثُمَّ فَارَقَ إحْدَاهُمَا قبل الْإِسْلَامِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَنَّ نِكَاحَ الْبَاقِيَةِ صَحِيحٌ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْبَاقِيَ غَيْرُ الثَّابِتِ
وَلَوْ وَقَعَ نِكَاحُهَا فَاسِدًا حَالَ وُقُوعِهِ لَمَا أُقِرَّ عليه بَعْدَ الْإِسْلَامِ
وَكَذَلِكَ لو تَزَوَّجَ خَمْسًا في عَقَدٍ مُتَفَرِّقَةٍ ثُمَّ فَارَقَ الْأُولَى مِنْهُنَّ ثُمَّ أَسْلَمَ بَقِيَ نِكَاحُ الْأَرْبَعِ على الصِّحَّةِ وَلَوْ وَقَعَ فَاسِدًا من الْأَصْلِ لَمَا انْقَلَبَ صَحِيحًا بِالْإِسْلَامِ بَلْ كان يَتَأَكَّدُ الْفَسَادُ فَثَبَتَ أَنَّ هذه الْأَنْكِحَةَ وَقَعَتْ صَحِيحَةً في حَقِّهِمْ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ لَا صِحَّةَ لها في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ
وَلَوْ طَلَّقَ الذِّمِّيُّ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا أو خَالَعَهَا ثُمَّ قام عليها كَقِيَامِهِ عليها قبل الطَّلَاقِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ لم يَتَرَافَعَا لِأَنَّ الْعَقْدَ قد بَطَلَ بِالطَّلْقَاتِ الثَّلَاثِ وَبِالْخُلْعِ لِأَنَّهُ يَدِينُ بِذَلِكَ فَكَانَ إقْرَارُهُ على قِيَامِهِ عليها إقْرَارًا على الزِّنَا وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَلَوْ تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على أَنْ لَا مَهْرَ لها وَذَلِكَ في دِينِهِمْ جَائِزٌ صَحَّ ذلك وَلَا شَيْءَ لها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ دخل بها أو لم يَدْخُلْ بها طَلَّقَهَا أو مَاتَ عنها أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لها مَهْرُ مِثْلِهَا ثُمَّ إنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ أو بَعْدَ الْخَلْوَةِ بها أو مَاتَ عنها تَأَكَّدَ ذلك وَإِنْ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها أو قبل الْخَلْوَةِ سَقَطَ مَهْرُ الْمِثْلِ وَلَهَا الْمُتْعَةُ كَالْمُسْلِمَةِ وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً في دَارِ الْحَرْبِ على أَنْ لَا مَهْرَ لها جَازَ ذلك وَلَا شَيْءَ لها في قَوْلِهِمْ جميعا وَالْكَلَامُ في الْجَانِبَيْنِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ هُمَا يَقُولَانِ إنَّ حُكْمَ الْإِسْلَامِ قد لَزِمَ الزَّوْجَيْنِ الذِّمِّيَّيْنِ لِالْتِزَامِهِمَا أَحْكَامَنَا وَمِنْ أَحْكَامِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ من غَيْرِ مَالٍ بِخِلَافِ الْحَرْبِيَّيْنِ لِأَنَّهُمَا ما الْتَزَمَا أَحْكَامَنَا وأبو حَنِيفَةَ يقول إنَّ في دِيَانَتِهِمْ جَوَازَ النِّكَاحِ بِلَا مَهْرٍ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وما يَدِينُونَ إلَّا فِيمَا وَقَعَ الِاسْتِثْنَاءُ في عُقُودِهِمْ كَالرِّبَا وَهَذَا لم يَقَعْ الِاسْتِثْنَاءُ عنه فَلَا نَتَعَرَّضُ لهم وَيَكُونُ جَائِزًا في حَقِّهِمْ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ كما يَجُوزُ لهم في حُكْمِ الْإِسْلَامِ تَمَلُّكُ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ وَتَمْلِيكُهَا
هذا إذَا تَزَوَّجَهَا وَبَقِيَ الْمَهْرُ فَأَمَّا إذَا تَزَوَّجَهَا وَسَكَتَ عن تَسْمِيَتِهِ بِأَنْ تَزَوَّجَهَا ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ في ظَاهِرِ رِوَايَةِ الْأَصْلِ فإنه ذُكِرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً بِمَيْتَةٍ أو دَمٍ أو بِغَيْرِ شَيْءٍ أَنَّ النِّكَاحَ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا
فَظَاهِرُ قَوْلِهِ أو بِغَيْرِ شَيْءٍ يُشْعِرُ بِالسُّكُوتِ عن التَّسْمِيَةِ لا بِالنَّفْيِ فَيَدُلُّ على وُجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ حَالَ السُّكُوتِ عن التَّسْمِيَةِ فَفَرَّقَ أبو حَنِيفَةَ بين السُّكُوتِ وَبَيْنَ النَّفْيِ
وَحُكِيَ عن الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ قال قِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ

لَا فَرْقَ بين حَالَةِ السُّكُوتِ وَبَيْنَ النَّفْيِ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا جَازَ النِّكَاحُ في دِيَانَتِهِمْ بِمَهْرٍ وَبِغَيْرِ مَهْرٍ لم يَكُنْ في نَفْسِ الْعَقْدِ ما يَدُلُّ على الْتِزَامِ الْمَهْرِ فَلَا بُدَّ لِوُجُوبِهِ من دَلِيلٍ وهو التَّسْمِيَةُ ولم تُوجَدْ فَلَا يَجِبُ بِخِلَافِ نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ لَا جَوَازَ له بِدُونِ الْمَهْرِ فَكَانَ ذلك الْعَقْدُ الْتِزَامًا لِلْمَهْرِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين السُّكُوتِ وَبَيْنَ النَّفْيِ على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَمَّا سَكَتَ عن تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ لم تُعْرَفْ دِيَانَتُهُ النِّكَاحَ بِلَا مَهْرٍ فَيُجْعَلُ إقْدَامُهُ على النِّكَاحِ إلتزاما لِلْمَهْرِ كما في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ وإذا نَفَى الْمَهْرَ نَصًّا دَلَّ أَنَّهُ يَدِينُ النِّكَاحَ وَيَعْتَقِدُهُ جَائِزًا بِلَا مَهْرٍ فَلَا يَلْزَمُهُ حُكْمُ نِكَاحِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ بَلْ يُتْرَكُ وما يَدِينُهُ فَهُوَ الْفَرْقُ ثُمَّ ما صَلَحَ مَهْرًا في نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ فإنه يَصْلُحُ مَهْرًا في نِكَاحِ أَهْلِ الذِّمَّةِ لَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ نِكَاحُنَا عليه كان نِكَاحُهُمْ عليه أَجْوَزَ وما لَا يَصْلُحُ مَهْرًا في نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا في نِكَاحِهِمْ أَيْضًا إلَّا الْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ لِأَنَّ ذلك مَالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الشَّاةِ وَالْخَلِّ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا في حَقِّهِمْ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَإِنْ كان الْخَمْرُ وَالْخِنْزِيرُ بِعَيْنِهِ ولم يُقْبَضْ فَلَيْسَ لها إلَّا الْعَيْنُ وَإِنْ كان بِغَيْرِ عَيْنِهِ بِأَنْ كان في الذِّمَّةِ فَلَهَا في الْخَمْرِ الْقِيمَةُ وفي الْخِنْزِيرِ مَهْرُ مِثْلِهَا وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ لها مَهْرُ مِثْلِهَا سَوَاءٌ كان بِعَيْنِهِ أو بِغَيْرِ عَيْنِهِ وقال مُحَمَّدٌ لها الْقِيمَةُ سَوَاءٌ كان بِعَيْنِهِ أو بِغَيْرِ عَيْنِهِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ إذَا كان دَيْنًا في الذِّمَّةِ ليس لها غَيْرُ ذلك

وَجْهُ قَوْلِهِمَا في أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لها الْعَيْنُ أَنَّ الْمِلْكَ في الْعَيْنِ وَإِنْ ثَبَتَ لها قبل الْإِسْلَامِ لَكِنْ في الْقَبْضِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ لِأَنَّهُ مُؤَكِّدٌ لِلْمِلْكِ لِأَنَّ مِلْكَهَا قبل الْقَبْضِ وَاهٍ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ عِنْدَ الزَّوْجِ كان الْهَلَاكُ عليه وَكَذَا لو تَعَيَّبَ وَبَعْدَ الْقَبْضِ كان ذلك كُلُّهُ عليها فَثَبَتَ أَنَّ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ غَيْرُ مُتَأَكِّدٍ فَكَانَ الْقَبْضُ مؤكد (((مؤكدا))) لِلْمِلْكِ وَالتَّأْكِيدُ إثْبَاتٌ من وَجْهٍ فَكَانَ الْقَبْضُ تَمْلِيكًا من وَجْهٍ وَالْمُسْلِمُ مَنْهِيٌّ عن ذلك وَلِهَذَا لو اشْتَرَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ يُنْتَقَضُ الْبَيْعُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَمْلِكُ الْمَهْرَ قبل الْقَبْضِ مِلْكًا تَامًّا إذْ الْمِلْكُ نَوْعَانِ مِلْكُ رَقَبَةٍ وَمِلْكُ يَدٍ وهو مِلْكُ التَّصَرُّفِ وَلَا شَكَّ أَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ ثَابِتٌ لها قبل الْقَبْضِ وَكَذَلِكَ مِلْكُ التَّصَرُّفِ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في الْمَهْرِ قبل الْقَبْضِ من كل وَجْهٍ فلم يَبْقَ إلَّا صُورَةُ الْقَبْض وَالْمُسْلِمُ غَيْرُ مَنْهِيٍّ عن صُورَةِ قَبْضِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَإِقْبَاضِهِمَا كما إذَا غَصَبَ مُسْلِمٌ من مُسْلِمٍ خَمْرًا أَنَّ الْغَاصِبَ يَكُونُ مَأْمُورًا بِالتَّسْلِيمِ وَالْمَغْصُوبَ منه يَكُونُ مَأْذُونًا له في الْقَبْضِ وَكَذَا الذِّمِّيُّ إذَا غُصِبَ منه الْخَمْرُ ثُمَّ أَسْلَمَ وَكَمُسْلِمٍ أَوْدَعَهُ الذِّمِّيُّ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَنَّ له أَنْ يَأْخُذَ الْخَمْرَ من الْمُودِعِ يَبْقَى هذا الْقَدْرُ وهو أَنَّهُ دخل الْمَهْرُ في ضَمَانِهَا بِالْقَبْضِ لَكِنْ هذا لَا يُوجِبُ ثُبُوتَ مِلْكٍ لها لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مِلْكَهَا تَامٌّ قبل الْقَبْضِ مع ما أَنَّ دُخُولَهُ في ضَمَانِهَا أَمْرٌ عليها فَكَيْفَ يَكُونُ مِلْكًا لها بِخِلَافِ الْمَبِيعِ فإن مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَإِنْ كان ثَابِتًا قبل الْقَبْضِ فَمِلْكُ التَّصَرُّفِ لم يَثْبُتْ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ وَفِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَالتَّمَلُّكِ وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ من ذلك هذا إذَا كَانَا عَيْنَيْنِ فَإِنْ كَانَا دَيْنَيْنِ فَلَيْسَ لها إلَّا الْعَيْنُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمِلْكَ في هذه الْعَيْنِ التي تَأْخُذُهَا ما كان ثَابِتًا لها بِالْعَقْدِ بَلْ كان ثَابِتًا في الدَّيْنِ في الذِّمَّةِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ في هذا الْمُعَيَّنِ بِالْقَبْضِ وَالْقَبْضُ تَمَلُّكٌ من وَجْهٍ وَالْمُسْلِمُ مَمْنُوعٌ من ذلك

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُف أَنَّ الْإِسْلَامَ لَمَّا مَنَعَ الْقَبْضَ وَالْقَبْضُ حُكْمُ الْعَقْدِ جُعِلَ كَأَنَّ الْمَنْعَ كان ثَابِتًا وَقْتَ الْعَقْدِ فَيُصَارُ إلَى مَهْرِ الْمِثْلِ كما لو كَانَا عِنْدَ الْعَقْدِ مُسْلِمَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا وَالتَّسْمِيَةُ في الْعَقْدِ قد صَحَّتْ إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ لِمَا في التَّسْلِيمِ من التَّمْلِيكِ من وَجْهٍ على ما بَيَّنَّا وَالْمُسْلِمُ مَمْنُوعٌ من ذلك فَيُوجِبُ الْقِيمَةَ كما لو هَلَكَ الْمُسَمَّى قبل الْقَبْضِ وأبو حَنِيفَةَ يُوجِبُ الْقِيمَةَ في الْخَمْرِ لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ وهو الْقِيَاسُ في الْخِنْزِيرِ أَيْضًا إلَّا أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ في الْخِنْزِيرِ أَيْضًا وَأَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْخِنْزِيرَ حَيَوَانٌ وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على حَيَوَانٍ في الذِّمَّةِ يُخَيَّرُ بين تَسْلِيمِهِ وَبَيْنَ تَسْلِيمِ قِيمَةِ الْوَسَطِ منه بَلْ الْقِيمَةُ هِيَ الْأَصْلُ في التَّسْلِيمِ لِأَنَّ الْوَسَطَ يُعْرَفُ بها على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ إيفَاءُ قِيمَةِ الْخِنْزِيرِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ حُكْمَ إيفَاءِ الْخِنْزِيرِ من وَجْهٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى إيفَاءِ الْعَيْنِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَلَا سَبِيلَ إلَى إيفَاءِ الْقِيمَةِ بِخِلَافِ الْخَمْرِ لِأَنَّ قِيمَتَهَا لم تَكُنْ وَاجِبَةً قبل الْإِسْلَامِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو جاء الزَّوْجُ بِالْقِيمَةِ لَا تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ على الْقَبُولِ فلم يَكُنْ لِبَقَائِهَا حُكْمُ بَقَاءِ الْخَمْرِ من وَجْهٍ لِذَلِكَ افْتَرَقَا هذا كُلُّهُ إذَا لم يَكُنْ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا قبل الْإِسْلَامِ فَإِنْ كان مَقْبُوضًا فَلَا شَيْءَ

لِلْمَرْأَةِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَتَى وَرَدَ وَالْحَرَامُ مَقْبُوضٌ يُلَاقِيهِ بِالْعَفْوِ لِأَنَّ الْمِلْكَ قد ثَبَتَ على سَبِيلِ الْكَمَالِ بِالْعَقْدِ وَالْقَبْضِ في حَالِ الْكُفْرِ فَلَا يَثْبُتُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ مِلْكٌ وَإِنَّمَا يُوجَدُ دَوَامُ الْمِلْكِ وَالْإِسْلَامُ لَا يُنَافِيهِ كَمُسْلِمٍ تَخَمَّرَ عَصِيرُهُ أَنَّهُ لَا يُؤْمَرُ بِإِبْطَالِ مِلْكِهِ فيها وَكَمَا في نُزُولِ تَحْرِيمِ الرِّبَا
وروى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا دخل مَكَّةَ أَبْطَلَ من الرِّبَا ما لم يُقْبَضْ ولم يَتَعَرَّضْ لِمَا قُبِضَ بِالْفَسْخِ وهو أَحَدُ تَأْوِيلَاتِ قَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا ما بَقِيَ من الرِّبَا إنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ } أَمَرَ سُبْحَانَهُ بِتَرْكِ ما بَقِيَ من الرِّبَا وَالْأَمْرُ بِتَرْكِ ما بَقِيَ من الرِّبَا هو النَّهْيُ عن قَبْضِهِ وَاَللَّهُ عزوجل الْمُوَفِّقُ
وَلَوْ تَزَوَّجَهَا على مَيْتَةٍ أو دَمٍ ذُكِرَ في الْأَصْلِ أَنَّ لها مَهْرَ مِثْلِهَا وَذُكِرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لها منهم وَوَفَّقَ بين الرِّوَايَتَيْنِ فَحَمَلَ ما ذَكَرَهُ في الْأَصْلِ على الذِّمِّيِّينَ
وما ذَكَرَهُ في الْجَامِعِ على الْحَرْبِيِّينَ وَمِنْهُمْ من جَعَلَ في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّهُ لَمَّا تَزَوَّجَهَا على الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ فلم يَرْضَ بِاسْتِحْقَاقِ بُضْعِهَا إلَّا بِبَدَلٍ وقد تَعَذَّرَ اسْتِحْقَاقُ الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ في حَقِّ أَحَدٍ فَكَانَ لها مَهْرُ الْمِثْلِ كَالْمُسْلِمَةِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أنها لَمَّا رَضِيَتْ بِالْمَيْتَةِ مع أنها لَيْسَتْ بِمَالٍ كان ذلك منها دَلَالَةَ الرِّضَا بِاسْتِحْقَاقِ بُضْعِهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ أَصْلًا كما إذَا تَزَوَّجَهَا على أَنْ لَا مَهْرَ لها وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ ثُمَّ كُلُّ عَقْدٍ إذَا عَقَدَهُ الذِّمِّيُّ كان فَاسِدًا فإذا عَقَدَهُ الْحَرْبِيُّ كان فَاسِدًا أَيْضًا لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُفْسِدَ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَهُمَا وهو ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلَوْ تَزَوَّجَ كَافِرٌ بِخَمْسِ نِسْوَةٍ أو بِأُخْتَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ فَإِنْ كان تَزَوَّجَهُنَّ في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُنَّ وَإِنْ كان تَزَوَّجَهُنَّ في عُقَدٍ مُتَفَرِّقَةٍ صَحَّ نِكَاحُ الْأَرْبَعِ

وَبَطَلَ نِكَاحُ الْخَامِسَةِ وَكَذَا في الْأُخْتَيْنِ يَصِحُّ نِكَاحُ الْأُولَى وَبَطَلَ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وقال مُحَمَّدٌ يَخْتَارُ من الْخَمْسِ أَرْبَعًا وَمِنْ الْأُخْتَيْنِ وَاحِدَةً سَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أو في عَقَدٍ اسْتِحْسَانًا وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ احْتَجَّ مُحَمَّدٌ بِمَا رُوِيَ أَنَّ غَيْلَانَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فَأَمَرَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْ يَخْتَارَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ

وَرُوِيَ أَنَّ قَيْسَ بن الْحَارِثِ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ ثَمَانُ نِسْوَةٍ فَأَمَرَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا

وروى أَنَّ فَيْرُوزَ الدَّيْلَمِيَّ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُخْتَانِ فَخَيَّرَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم ولم يَسْتَفْسِرْ أَنَّ نِكَاحَهُنَّ كان دَفْعَةً وَاحِدَةً أو على التَّرْتِيبِ وَلَوْ كان الْحُكْمُ يَخْتَلِفُ لَاسْتَفْسَرَ فَدَلَّ أَنَّ حُكْمَ الشَّرْعِ فيه هو التَّخْيِيرُ مُطْلَقًا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْجَمْعَ مُحَرَّمٌ على الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ جميعا لِأَنَّ حُرْمَتَهُ ثَبَتَتْ لِمَعْنًى مَعْقُولٍ وهو خَوْفُ الْجَوْرِ في إيفَاءِ حُقُوقِهِنَّ وَالْإِفْضَاءِ إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَتَعَرَّضُ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ مع قِيَامِ الْحُرْمَةِ لِأَنَّ ذلك دِيَانَتُهُمْ وهو غَيْرُ مُسْتَثْنًى من عُهُودِهِمْ وقد نُهِينَا عن التَّعَرُّضِ لهم عن مِثْلِهِ بَعْدَ إعْطَاءِ الذِّمَّةِ وَلَيْسَ لنا وِلَايَةُ التَّعَرُّضِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ فإذا أَسْلَمَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَلَا يُمْكِنُ من اسْتِيفَاءِ الْجَمْعِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فإذا كان تَزَوَّجَ الْخَمْسَ في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَدْ حَصَلَ نِكَاحُ كل وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ جميعا إذْ لَيْسَتْ إحْدَاهُنَّ بِأَوْلَى من الْأُخْرَى وَالْجَمْعُ مُحَرَّمٌ وقد زَالَ الْمَانِعُ من التَّعَرُّضِ فَلَا بُدَّ من الِاعْتِرَاضِ بِالتَّفْرِيق

وَكَذَلِكَ إذَا تَزَوَّجَ الْأُخْتَيْنِ في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ نِكَاحَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا جُعِلَ جَمْعًا إذْ لَيْسَتْ إحْدَاهُمَا بِأَوْلَى من الْأُخْرَى وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ من ذلك وَلَا مَانِعَ من التَّفْرِيقِ فَيُفَرَّقُ فَأَمَّا إذَا كان تَزَوَّجَهُنَّ على التَّرْتِيبِ في عَقَدٍ مُتَفَرِّقَةٍ فَنِكَاحُ الْأَرْبَعِ مِنْهُنَّ وَقَعَ صَحِيحًا لِأَنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ التَّزَوُّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ مُسْلِمًا كان أو كَافِرًا ولم يَصِحَّ نِكَاحُ الْخَامِسَةِ لِحُصُولِهِ جَمْعًا فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ

وَكَذَلِكَ إذَا كان تَزَوَّجَ الْأُخْتَيْنِ في عَقْدَتَيْنِ فَنِكَاحُ الْأُولَى وَقَعَ صَحِيحًا إذْ لَا مَانِعَ من الصِّحَّةِ وَبَطَلَ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهِ جَمْعًا فَلَا بُدَّ من التَّفْرِيقِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ

وَأَمَّا الْأَحَادِيثُ فَفِيهَا إثْبَاتُ الِاخْتِيَارِ لِلزَّوْجِ الْمُسْلِمِ لَكِنْ ليس فيها أَنَّ له أَنْ يَخْتَارَ ذلك بِالنِّكَاحِ الْأَوَّلِ أو بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ فَاحْتَمَلَ أَنَّهُ أَثْبَتَ له الِاخْتِيَارَ لِتَجَدُّدِ الْعَقْدِ عَلَيْهِنَّ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَثْبَتَ له الِاخْتِيَارَ لِيُمْسِكَهُنَّ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ مع ما أَنَّهُ قد روى أَنَّ ذلك قبل تَحْرِيمِ الْجَمْعِ فإنه روى في الْخَبَرِ أَنَّ غَيْلَانَ أَسْلَمَ وقد كان تَزَوَّجَ في الْجَاهِلِيَّةِ

وَرُوِيَ عن مَكْحُولٍ أَنَّهُ قال كان ذلك قبل نُزُولِ الْفَرَائِضِ وَتَحْرِيمُ الْجَمْعِ ثَبَتَ بِسُورَةِ النِّسَاءِ الْكُبْرَى وَهِيَ

مَدَنِيَّةٌ

وروى أَنَّ فَيْرُوزَ لَمَّا هَاجَرَ إلَى النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم قال له إنَّ تَحْتِيَ أُخْتَيْنِ فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم ارْجِعْ فَطَلِّقْ إحْدَاهُمَا وَمَعْلُومٌ أَنَّ الطَّلَاقَ إنَّمَا يَكُونُ في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فَدَلَّ أَنَّ ذلك الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا في

الْأَصْلِ فَدَلَّ أَنَّهُ كان قبل تَحْرِيمِ الْجَمْعِ وَلَا كَلَامَ فيه
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا تَزَوَّجَ الْحَرْبِيُّ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ ثُمَّ سبى هو وَسُبِينَ معه أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكُلِّ سَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أو في عَقَدٍ مُتَفَرِّقَةٍ لِأَنَّ نِكَاحَ الْأَرْبَعِ وَقَعَ صَحِيحًا لِأَنَّهُ كان حُرًّا وَقْتَ النِّكَاحِ وَالْحُرُّ يَمْلِكُ التَّزَوُّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ مُسْلِمًا كان أو كَافِرًا إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ بَعْدَ الِاسْتِرْقَاقِ لِحُصُولِ الْجَمْعِ من الْعَبْدِ في حَالِ الْبَقَاءِ بين أَكْثَرَ من اثْنَتَيْنِ وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الِاسْتِيفَاءَ فَيَقَعُ جَمْعًا بين الْكُلِّ فَفُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكُلِّ وَلَا يُخَيَّرُ فيه كما إذَا تَزَوَّجَ رَضِيعَتَيْنِ فَأَرْضَعَتْهُمَا امْرَأَةٌ بَطَلَ نِكَاحُهُمَا وَلَا يُخَيَّرُ كَذَا هذا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُخَيَّرُ فيه فَيَخْتَارُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ كما يُخَيَّرُ الْحُرُّ في أَرْبَعِ نِسْوَةٍ من نِسَائِهِ وَلَوْ كان الْحَرْبِيُّ تَزَوَّجَ أُمًّا وَبِنْتًا ثُمَّ أَسْلَمَ فَإِنْ كان تَزَوَّجَهُمَا في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ فَنِكَاحُهُمَا بَاطِلٌ وَإِنْ كان تَزَوَّجَهُمَا مُتَفَرِّقًا فَنِكَاحُ الْأُولَى جَائِزٌ وَنِكَاحُ الْأُخْرَى بَاطِلٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ كما قَالَا في الْجَمْعِ بين الْخَمْسِ وَالْجَمْعِ بين الْأُخْتَيْنِ
وقال مُحَمَّدٌ نِكَاحُ الْبِنْتِ هو الْجَائِزُ سَوَاءٌ تَزَوَّجَهُمَا في عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أو في عَقْدَتَيْنِ وَنِكَاحُ الْأُمِّ بَاطِلٌ لِأَنَّ مُجَرَّدَ عَقْدِ الْأُمِّ لَا يُحَرِّمُ الْبِنْتَ وَهَذَا إذَا لم يَكُنْ دخل بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَلَوْ أَنَّهُ كان دخل بِهِمَا جميعا فَنِكَاحُهُمَا جميعا بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الدُّخُولِ يُوجِبُ التَّحْرِيمَ سَوَاءٌ دخل بِالْأُمِّ أو بِالْبِنْتِ وَلَوْ لم يَدْخُلْ بِالْأُولَى وَلَكِنْ دخل بِالثَّانِيَةِ فَإِنْ كانت الْأُولَى بِنْتًا وَالثَّانِيَةُ أُمًّا فَنِكَاحُهُمَا جميعا بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ نِكَاحَ الْبِنْتِ يُحَرِّمُ الْأُمَّ وَالدُّخُولُ بِالْأُمِّ يُحَرِّمُ الْبِنْتَ وَلَوْ كان دخل بِإِحْدَاهُمَا فَإِنْ كان دخل بِالْأُولَى ثُمَّ تَزَوَّجَ الثَّانِيَةَ فَنِكَاحُ الْأُولَى جَائِزٌ وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ تَزَوَّجَ الْأُمَّ أَوَّلًا ولم يَدْخُلْ بها ثُمَّ تَزَوَّجَ الْبِنْتَ وَدَخَلَ بها فَنِكَاحُهُمَا جميعا بَاطِلٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ إلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ له أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْبِنْتِ وَلَا يَحِلُّ له أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُمِّ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِكَاحُ الْبِنْتِ هو الْجَائِزُ وقد دخل بها وَهِيَ امْرَأَتُهُ وَنِكَاحُ الْأُمِّ بَاطِلٌ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ اللُّزُومِ فَنَوْعَانِ في الْأَصْلِ نَوْعٌ هو شَرْطُ وُقُوعِ النِّكَاحِ لَازِمًا وَنَوْعٌ هو شَرْطُ بَقَائِهِ على اللُّزُومِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْوَلِيُّ في إنْكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ هو الْأَبُ أو (((والجد))) الجد فَإِنْ كان غير الْأَبِ وَالْجَدِّ من الْأَوْلِيَاءِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ لَا يَلْزَمُ النِّكَاحُ حتى يَثْبُتَ لَهُمَا الْخِيَارُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَلْزَمُ نِكَاحُ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ من الْأَوْلِيَاءِ حتى لَا يَثْبُتَ لَهُمَا الْخِيَارُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَن هذا النِّكَاحَ صَدَرَ من وَلِيٍّ فَيَلْزَمُ كما إذَا صَدَرَ عن الْأَبِ وَالْجَدِّ وَهَذَا لِأَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ وِلَايَةُ نَظَرٍ في حَقِّ الْمُولَى عليه فَيَدُلُّ ثُبُوتُهَا على حُصُولِ النَّظَرِ وَهَذَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ لو ثَبَتَ إنَّمَا يَثْبُتُ لِنَفْيِ الضَّرَرِ وَلَا ضَرَرَ فَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ وَلِهَذَا لم يَثْبُتْ في نِكَاحِ الْأَبِ وَالْجَدِّ كَذَا هذا
وَلَهُمَا ما رُوِيَ أَنَّ قُدَامَةَ بن مَظْعُونٍ زَوَّجَ بِنْتَ أَخِيهِ عُثْمَانَ بن مَظْعُونٍ من عبد اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فَخَيَّرَهَا رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بَعْدَ الْبُلُوغِ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا حتى رُوِيَ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ قال إنَّهَا انْتُزِعَتْ مِنِّي بعدما مَلَكْتُهَا وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ أَصْلَ الْقَرَابَةِ إنْ كان يَدُلُّ على أَصْلِ النَّظَرِ لِكَوْنِهِ دَلِيلًا على أَصْلِ الشَّفَقَةِ فَقُصُورُهَا يَدُلُّ على قُصُورِ النَّظَرِ لِقُصُورِ الشَّفَقَةِ بِسَبَبِ بُعْدِ الْقَرَابَةِ فَيَجِبُ اعْتِبَارُ أَصْلِ الْقَرَابَةِ بِإِثْبَاتِ أَصْلِ الْوِلَايَةِ

وَاعْتِبَارُ الْقُصُورِ بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ تَكْمِيلًا لِلنَّظَرِ وَتَوْفِيرًا في حَقِّ الصَّغِيرِ بِتَلَافِي التَّقْصِيرِ لو وَقَعَ وَلَا يُتَوَهَّمُ التَّقْصِيرُ في إنْكَاحِ الْأَبِ وَالْجَدِّ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِمَا لِذَلِكَ لَزِمَ إنْكَاحُهُمَا ولم يَلْزَمْ إنْكَاحُ الْأَخِ وَالْعَمِّ على أَنَّ الْقِيَاسَ في إنْكَاحِ الْأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ لَا يَلْزَمَ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا في ذلك لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَمَّا تَزَوَّجَ عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها وَبَلَغَتْ لم يُعْلِمْهَا بِالْخِيَارِ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَلَوْ كان الْخِيَارُ ثَابِتًا لها وَذَلِكَ حَقُّهَا لا علمها بِهِ وَهَلْ يَلْزَمُ إذَا زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ ذُكِرَ في الْأَصْلِ ما يَدُلُّ على أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ فإنه قال إذَا زَوَّجَهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ فَلَهَا الْخِيَارُ وَالْحَاكِمُ غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ هَكَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ لها الْخِيَارَ

وَرَوَى خَالِدُ بن صَبِيحٍ الْمَرْوَزِيِّ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لها

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ وِلَايَةَ الْحَاكِمِ أَعَمُّ من وِلَايَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في النَّفْسِ وَالْمَالِ جميعا فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ شَبِيهَةً بِوِلَايَةِ

(2/315)

الْأَبِ وَالْجَدِّ وَوِلَايَتُهُمَا مُلْزِمَةٌ كَذَلِكَ وِلَايَةُ الْحَاكِمِ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ وِلَايَةَ الْأَخِ وَالْعَمِّ أَقْوَى من وِلَايَةِ الْحَاكِمِ بِدَلِيلِ أَنَّهُمَا يَتَقَدَّمَانِ عليه حتى لَا يُزَوِّجَ الْحَاكِمُ مع وُجُودِهِمَا ثُمَّ وِلَايَتُهُمَا غَيْرُ مُلْزِمَةٍ فَوِلَايَةُ الْحَاكِمِ أَوْلَى

وإذا ثَبَتَ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو اخْتِيَارُ النِّكَاحِ أو الْفُرْقَةِ فَيَقَعُ الْكَلَامُ بَعْدَ هذا في مَوْضِعَيْنِ أَحَدِهِمَا في بَيَانِ وَقْتِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْخِيَارُ يَثْبُتُ بَعْدَ الْبُلُوغِ لَا قَبْلَهُ حتى لو رَضِيَتْ بِالنِّكَاحِ قبل الْبُلُوغِ لَا يُعْتَبَرُ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الرِّضَا تَثْبُتُ بَعْدَ الْبُلُوغِ لَا قَبْلَهُ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بَعْدَ الْبُلُوغِ لَا قَبْلَهُ

وَأَمَّا الثَّانِي فما يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ نَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ

أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ صَرِيحُ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ نحو أَنْ تَقُولَ رَضِيتُ بِالنِّكَاحِ وَاخْتَرْتُ النِّكَاحَ أو أَجَزْتُهُ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى فَيَبْطُلُ خِيَارُ الْفُرْقَةِ وَيَلْزَمُ النِّكَاحُ

وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَنَحْوُ السُّكُوتِ من الْبِكْرِ عَقِيبَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ سُكُوتَ الْبِكْرِ دَلِيلُ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْبِكْرَ لِغَلَبَةِ حَيَائِهَا تَسْتَحِي عن إظْهَارِ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ

فَأَمَّا سُكُوتُ الثَّيِّبِ فَإِنْ كان وَطِئَهَا قبل الْبُلُوغِ فَبَلَغَتْ وَهِيَ ثَيِّبٌ فَسَكَتَتْ عَقِيبَ الْبُلُوغِ فَلَا يَبْطُلُ بِهِ الْخِيَارُ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَحِي عن إظْهَارِ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ عَادَةً لِأَنَّ بِالثِّيَابَةِ قَلَّ حَيَاؤُهَا فَلَا يَصِحُّ سُكُوتُهَا دَلِيلًا على الرِّضَا بِالنِّكَاحِ فَلَا يَبْطُلُ خِيَارُهَا إلَّا بِصَرِيحِ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ أو بِفِعْلٍ أو بِقَوْلٍ يَدُلُّ على الرِّضَا نحو التَّمْكِينِ من الْوَطْءِ وَطَلَبِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَغَيْرِ ذلك

وَكَذَا سُكُوتُ الْغُلَامِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ الْغُلَامَ لَا يَسْتَحِي عن إظْهَارِ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ إذْ ذَاكَ دَلِيلُ الرُّجُولِيَّةِ فَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ إلَّا بِنَصِّ كَلَامِهِ أو بِمَا يَدُلُّ على الرِّضَا بِالنِّكَاحِ من الدُّخُولِ بها وَطَلَبُ التَّمَكُّنِ منها وَإِدْرَارُ النَّفَقَةِ عليها وَنَحْوَ ذلك ثُمَّ الْعِلْمُ بِالنِّكَاحِ شَرْطُ بُطْلَانِ الْخِيَارِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ حتى لو لم تَكُنْ عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ لَا يَبْطُلُ الْخِيَارُ لِأَنَّ بُطْلَانَ الْخِيَارِ لِوُجُودِ الرِّضَا منها دَلَالَةً وَالرِّضَا بِالشَّيْءِ قبل الْعِلْمِ بِهِ لَا يُتَصَوَّرُ إذْ هو اسْتِحْسَانُ الشَّيْءِ وَمَنْ لم يَعْلَمْ بِشَيْءٍ

كَيْفَ يَسْتَحْسِنُهُ فإذا كانت عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ وَوُجِدَ منها دَلِيلُ الرِّضَا بِالنِّكَاحِ بَطَلَ خِيَارُهَا وَلَا يَمْتَدُّ هذا الْخِيَارُ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ بَلْ يَبْطُلُ بِالسُّكُوتِ من الْبِكْرِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ وَخِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ هُنَاكَ وُجِدَ من الْعَبْدِ وهو الزَّوْجُ أو الْمَوْلَى أَمَّا في الزَّوْجِ فَظَاهِرٌ وَكَذَا في الْمَوْلَى لِأَنَّ الْخِيَارَ يَثْبُتُ بِالْعِتْقِ وَالْعِتْقُ حَصَلَ بِإِعْتَاقِهِ وَالتَّخْيِيرُ من الْعَبْدِ تَمْلِيكٌ فَيَقْتَضِي جَوَابًا في الْمَجْلِسِ فَيَمْتَدُّ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ كَخِيَارِ الْقَبُولِ في الْبَيْعِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْبُلُوغِ لِأَنَّهُ ما ثَبَتَ بِصُنْعِ الْعَبْدِ بَلْ بِإِثْبَاتِ الشَّرْعِ فلم يَكُنْ تَمْلِيكًا فَلَا يَمْتَدُّ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَإِنْ لم تَكُنْ عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ فَلَهَا الْخِيَارُ حين تَعْلَمُ بِالنِّكَاحِ

ثُمَّ خِيَارُ الْبُلُوغِ يَثْبُتُ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَخِيَارُ الْعِتْقِ لَا يَثْبُتُ إلَّا لِلْمُعْتَقَةِ لِأَنَّ خِيَارَ الْبُلُوغِ يَثْبُتُ لِقُصُورِ الْوِلَايَةِ وَذَا لَا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ وَخِيَارُ الْعِتْقِ ثَبَتَ لِزِيَادَةِ الْمِلْكِ عليها بِالْعِتْقِ وَذَا يَخْتَصُّ بها وَكَذَا خِيَارُ الْبُلُوغِ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى إذَا كانت الْأُنْثَى ثَيِّبًا لَا يَبْطُلُ بِالْقِيَامِ عن الْمَجْلِسِ وَخِيَارُ الْعِتْقِ وَالْمُخَيَّرَةُ يَبْطُلُ وَالْفَرْقُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا من خِيَارِ الْبِكْرِ وَخِيَارِ الْعِتْقِ وَخِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ أَنَّ الْأَوَّلَ يَبْطُلُ بِالسُّكُوتِ وَالثَّانِي لَا يَبْطُلُ

وَأَمَّا الْعِلْمُ بِالْخِيَارِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ وَالْجَهْلُ بِهِ ليس بِعُذْرٍ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ الْعِلْمِ بِالشَّرَائِعِ فَيُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَيْهَا بِالتَّعَلُّمِ فَكَانَ الْجَهْلُ بِالْخِيَارِ في غَيْرِ مَوْضِعِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ وَلِهَذَا لَا يُعْذَرُ الْعَوَامُّ في دَارِ الْإِسْلَامِ بِجَهْلِهِمْ بِالشَّرَائِعِ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ فإن الْعِلْمَ بِالْخِيَارِ هُنَاكَ شَرْطٌ وَالْجَهْلَ بِهِ عُذْرٌ وَإِنْ كان دَارُ الْإِسْلَامِ دَارَ الْعِلْمِ بِالشَّرَائِعِ وَالْأَحْكَامِ لِأَنَّ الْوُصُولَ إلَيْهَا ليس من طَرِيقِ الضَّرُورَةِ بَلْ بِوَاسِطَةِ التَّعَلُّمِ وَالْأَمَةُ لَا تَتَمَكَّنُ من التَّعَلُّمِ لِأَنَّهَا لَا تَتَفَرَّغُ لِذَلِكَ لِاشْتِغَالِهَا بِخِدْمَةِ مَوْلَاهَا بِخِلَافِ الْحُرَّةِ

ثُمَّ إذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا الْفُرْقَةَ فَهَذِهِ الْفُرْقَةُ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِخِلَافِ خِيَارِ الْعِتْقِ فإن الْمُعْتَقَةَ إذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا تَثْبُتُ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ هَهُنَا ثَابِتٌ وَحُكْمُهُ نَافِذٌ وَإِنَّمَا الْغَائِبُ وَصْفُ الْكَمَالِ وهو صِفَةُ اللُّزُومِ فَكَانَ الْفَسْخُ من أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ رَفْعَ الْأَصْلِ بِفَوَاتِ الْوَصْفِ وَفَوَاتُ الْوَصْفِ لَا يُوجِبُ رَفْعَ الْأَصْلِ لِمَا فيه من جَعْلِ الْأَصْلِ تَبَعًا لِلْوَصْفِ وَلَيْسَ له هذه الْوِلَايَةُ وَبِهِ حَاجَةٌ إلَى ذلك فَلَا بُدَّ من رَفْعِهِ إلَى من له الْوِلَايَةُ الْعَامَّةُ وهو الْقَاضِي لِيَرْفَعَ النِّكَاحَ دَفْعًا لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ الذي بَلَغَ وَنَظَرًا له بِخِلَافِ خِيَارِ العتق (((المعتق))) لِأَنَّ الْمِلْكَ ازْدَادَ عليها بِالْعِتْقِ وَلَهَا أَنْ لَا تَرْضَى بِالزِّيَادَةِ فَكَانَ لها أَنْ تَدْفَعَ الزِّيَادَةَ وَلَا يُمْكِنُ دَفْعُهَا إلَّا

بِانْدِفَاعِ ما كان ثَابِتًا فَيَنْدَفِعُ الثَّابِتُ ضَرُورَةَ دَفْعِ الزِّيَادَةِ وَهَذَا يُمْكِنُ إذْ ليس بَعْضُ الْمِلْكِ تَابِعًا لِبَعْضٍ فَلَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى قَضَاءِ الْقَاضِي وَنَظِيرُ الْفَصْلَيْنِ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ أَنَّ الْأَوَّلَ يَثْبُتُ بِدُونِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَالثَّانِي لَا يَثْبُتُ عِنْدَ عَدَمِ التَّرَاضِي مِنْهُمَا إلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ ابْنَ أَخِيهِ فَلَا خِيَارَ لها بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَدَرَ عن الْأَبِ وَأَمَّا ابن الْأَخِ فَلَهُ الْخِيَارُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِصُدُورِ النِّكَاحِ عن الْعَمِّ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا خِيَارَ له وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ

وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ ثُمَّ زَوَّجَهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ فَلَهَا خِيَارُ الْبُلُوغِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْوَلَاءِ دُونَ

وِلَايَةِ الْقَرَابَةِ فلما ثَبَتَ الْخِيَارُ ثَمَّةَ فَلَأَنْ يَثْبُتَ هَهُنَا أَوْلَى وَلَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ فَلَهَا إذَا بَلَغَتْ خِيَارُ الْعِتْقِ لَا خِيَارَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَادَفَهَا وَهِيَ رَقِيقَةٌ

فَصْلٌ وَمِنْهَا كَفَاءَةُ الزَّوْجِ في إنْكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ نَفْسَهَا من غَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ بِمَهْرِ مِثْلِهَا فَيَقَعُ الْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ في أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ أَحَدِهَا في بَيَانِ أَنَّ الْكَفَاءَةَ في بَابِ النِّكَاحِ هل هِيَ شَرْطُ لُزُومِ النِّكَاحِ في الْجُمْلَةِ أَمْ لَا وَالثَّانِي في بَيَانِ النِّكَاحِ الذي الْكَفَاءَةُ من شَرْطِ لُزُومِهِ وَالثَّالِثِ في بَيَانِ ما تُعْتَبَرُ فيه الْكَفَاءَةُ وَالرَّابِعِ في بَيَانِ من يُعْتَبَرُ له الْكَفَاءَةُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ إنها شَرْطٌ وقال الْكَرْخِيُّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ أَصْلًا وهو قَوْلُ مَالِكٍ وَسُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَالْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا طَيْبَةَ خَطَبَ إلَى بَنِي بَيَاضَةَ فَأَبَوْا أَنْ يُزَوِّجُوهُ فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنْكِحُوا أَبَا طَيْبَةَ إنْ لَا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ في الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ

وروى أَنَّ بِلَالًا رضي اللَّهُ عنه خَطَبَ إلَى قَوْمٍ من الْأَنْصَارِ فَأَبَوْا أَنْ يُزَوِّجُوهُ فقال له رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قُلْ لهم إنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَزَوَّجُونِي أَمَرَهُمْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِالتَّزْوِيجِ عِنْدَ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ وَلَوْ كانت مُعْتَبَرَةً لَمَا أَمَرَ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ من غَيْرِ كُفْءٍ غَيْرُ مَأْمُورٍ بِهِ وقال صلى اللَّهُ عليه وسلم ليس لِعَرَبِيٍّ على عَجَمِيٍّ فَضْلٌ إلَّا بِالتَّقْوَى وَهَذَا نَصٌّ وَلِأَنَّ الْكَفَاءَةَ لو كانت مُعْتَبَرَةً في الشَّرْعِ كان (((لكان))) أَوْلَى الْأَبْوَابِ بِالِاعْتِبَارِ بها بَابُ الدِّمَاءِ لِأَنَّهُ يُحْتَاطُ فيه ما لَا يُحْتَاطُ في سَائِرِ الْأَبْوَابِ وَمَعَ هذا لم يُعْتَبَرْ حتى يُقْتَلَ الشَّرِيفُ بِالْوَضِيعِ فَهَهُنَا أَوْلَى وَالدَّلِيلُ عليه أنها لم تُعْتَبَرْ في جَانِبِ الْمَرْأَةِ فَكَذَا في جَانِبِ الزَّوْجِ

وَلَنَا ما روى عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إلَّا الْأَوْلِيَاءُ وَلَا يُزَوَّجْنَ إلَّا من الْأَكْفَاءِ وَلَا مَهْرَ أَقَلَّ من عشر دَرَاهِمَ وَلِأَنَّ مَصَالِحَ النِّكَاحِ تَخْتَلُّ عِنْدَ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ لِأَنَّهَا لَا تَحْصُلُ إلَّا بِالِاسْتِفْرَاشِ وَالْمَرْأَةُ تَسْتَنْكِفُ عن اسْتِفْرَاشِ غَيْرِ الْكُفْءِ وَتُعَيَّرُ بِذَلِكَ فَتَخْتَلُّ الْمَصَالِحُ وَلِأَنَّ الزَّوْجَيْنِ يَجْرِي بَيْنَهُمَا مُبَاسَطَاتٌ في النِّكَاحِ لَا يَبْقَى النِّكَاحُ بِدُونِ تَحَمُّلِهَا عَادَةً وَالتَّحَمُّلُ من غَيْرِ الْكُفْءِ أَمْرٌ صَعْبٌ يَثْقُلُ على الطِّبَاعِ السَّلِيمَةِ فَلَا يَدُومُ النِّكَاحُ مع عَدَمِ الْكَفَاءَةِ فَلَزِمَ اعْتِبَارُهَا

وَلَا حُجَّةَ لهم في الْحَدِيثَيْنِ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالتَّزْوِيجِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كان نَدْبًا لهم إلَى الْأَفْضَلِ وهو اخْتِيَارُ الدِّينِ وَتَرْكُ الْكَفَاءَةِ فِيمَا سِوَاهُ وَالِاقْتِصَارُ عليه وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الِامْتِنَاعِ وَعِنْدَنَا الْأَفْضَلُ اعْتِبَارُ الدِّينِ وَالِاقْتِصَارُ عليه وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كان أَمْرَ إيجَابٍ أَمَرَهُمْ بِالتَّزْوِيجِ مِنْهُمَا مع عَدَمِ الْكَفَاءَةِ تَخْصِيصًا لهم بِذَلِكَ كما خَصَّ أَبَا طَيْبَةَ بِالتَّمْكِينِ من شُرْبِ دَمِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَخَصَّ خُزَيْمَةَ بِقَبُولِ شَهَادَتِهِ وَحْدَهُ وَنَحْوَ ذلك وَلَا شَرِكَةَ في مَوْضِعِ الْخُصُوصِيَّةِ حَمَلْنَا الْحَدِيثَيْنِ على ما قُلْنَا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ الثَّالِثُ فَالْمُرَادُ بِهِ أَحْكَامُ الْآخِرَةِ إذْ لَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على أَحْكَامِ الدُّنْيَا لِظُهُورِ فَضْلِ الْعَرَبِيِّ على الْعَجَمِيِّ في كَثِيرٍ من أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَيُحْمَلُ على أَحْكَامِ الْآخِرَةِ وَبِهِ نَقُولُ وَالْقِيَاسُ على الْقِصَاصِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْقِصَاصَ شُرِعَ لِمَصْلَحَةِ الْحَيَاةِ وَاعْتِبَارُ الْكَفَاءَةِ فيه يُؤَدِّي إلَى تَفْوِيتِ هذه الْمَصْلَحَةِ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَقْصِدُ قَتْلَ عَدُوِّهِ الذي لَا يُكَافِئُهُ فَتَفُوتُ الْمَصْلَحَةُ الْمَطْلُوبَةُ من الْقِصَاصِ وفي اعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ في بَابِ النِّكَاحِ تَحْقِيقُ الْمَصْلَحَةِ الْمَطْلُوبَةِ من النِّكَاحِ من الْوَجْهِ الذي بَيَّنَّا فَبَطَلَ الِاعْتِبَارُ وَكَذَا الِاعْتِبَارُ بِجَانِبِ الْمَرْأَةِ لَا يَصِحُّ أَيْضًا لِأَنَّ الرَّجُلَ لَا يَسْتَنْكِفُ عن اسْتِفْرَاشِ الْمَرْأَةِ الدَّنِيئَةِ لِأَنَّ الِاسْتِنْكَافَ عن الْمُسْتَفْرِشِ لَا عن الْمُسْتَفْرِشِ وَالزَّوْجُ مُسْتَفْرِشٌ فَيَسْتَفْرِشُ الوطىء

(((الوطيء))) وَالْخَشِنَ
فَصْلٌ وَأَمَّا الثَّانِي فَالنِّكَاحُ الذي الْكَفَاءَةُ فيه شَرْطُ لُزُومِهِ هو إنْكَاحُ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا من غَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ لَا يَلْزَمُ

(2/317)

حتى لو زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ من غَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ لَا يَلْزَمُ وَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ لِأَنَّ في الْكَفَاءَةِ حَقًّا لِلْأَوْلِيَاءِ لِأَنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِذَلِكَ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَتَفَاخَرُونَ بِعُلُوِّ نَسَبِ الْخَتَنِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِدَنَاءَةِ نَسَبِهِ فَيَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ فَكَانَ لهم أَنْ يَدْفَعُوا الضَّرَرَ عن أَنْفُسِهِمْ بِالِاعْتِرَاضِ كَالْمُشْتَرِي إذَا بَاعَ الشِّقْصَ
الْمَشْفُوعَ ثُمَّ جاء الشَّفِيعُ كان له أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ وَيَأْخُذَ الْمَبِيعَ بِالشُّفْعَةِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن نَفْسِهِ
كَذَا هذا
وَلَوْ كان التَّزْوِيجُ بِرِضَاهُمْ يَلْزَمُ حتى لَا يَكُونَ لهم حَقُّ الِاعْتِرَاضِ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ من الْمَرْأَةِ تَصَرُّفٌ من الْأَهْلِ في مَحَلٍّ هو خَالِصُ حَقِّهَا وهو نَفْسُهَا وَامْتِنَاعُ اللُّزُومِ كان لِحَقِّهِمْ الْمُتَعَلِّقِ بِالْكَفَاءَةِ فإذا رَضُوا فَقَدْ أَسْقَطُوا حَقَّ أَنْفُسِهِمْ وَهُمْ من أَهْلِ الْإِسْقَاطِ وَالْمَحَلُّ قَابِلٌ لِلسُّقُوطِ فَيَسْقُطُ
وَلَوْ رضي بِهِ بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَسْقُطُ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن حَقَّهُمْ في الْكَفَاءَةِ ثَبَتَ مُشْتَرَكًا بين الْكُلِّ فإذا رضي بِهِ أَحَدُهُمْ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْبَاقِينَ كَالدَّيْنِ إذَا وَجَبَ لِجَمَاعَةٍ فَأَبْرَأَ بَعْضُهُمْ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْبَاقِينَ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا وَلِأَنَّ رِضَا أَحَدِهِمْ لَا يَكُونُ أَكْثَرَ من رِضَاهَا فَإِنْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْأَوْلِيَاءِ بِرِضَاهَا فَلَأَنْ لَا يَسْقُطَ برضى
(((برضا))) أَحَدِهِمْ أَوْلَى
وَلَهُمَا أَنَّ هذا حَقٌّ وَاحِدٌ لَا يَتَجَزَّأُ ثَبَتَ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وهو الْقَرَابَةُ وأسقاط بَعْضِ ما لَا يَتَجَزَّأُ إسْقَاطٌ لِكُلِّهِ لِأَنَّهُ لَا بَعْضَ له فإذا أُسْقِطَ وَاحِدٌ منهم لَا يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ في حَقِّ الْبَاقِينَ كَالْقِصَاصِ إذَا وَجَبَ لِجَمَاعَةٍ فَعَفَا أَحَدُهُمْ عنه أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّ الْبَاقِينَ كَذَا هذا
وَلِأَنَّ حَقَّهُمْ في الْكَفَاءَةِ ما ثَبَتَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ
وَالتَّزْوِيجُ من غَيْرِ كُفْءٍ وَقَعَ إضْرَارًا بِالْأَوْلِيَاءِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ وهو ضَرَرُ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ أَحَدُهُمْ إلَّا بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَصْلَحَةٍ حَقِيقِيَّةٍ هِيَ أَعْظَمُ من مَصْلَحَةِ الْكَفَاءَةِ وَقَفَ هو عليها وَغَفَلَ عنها الْبَاقُونَ لَوْلَاهَا لَمَا رضي وَهِيَ دَفْعُ ضَرَرِ الْوُقُوعِ في الزِّنَا على تَقْدِيرِ الْفَسْخِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ الْحَقُّ ثَبَتَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمْ فَنَقُولُ على الْوَجْهِ الْأَوَّلِ مَمْنُوعٌ بَلْ ثَبَتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم على الْكَمَالِ كَأَنْ ليس معه غَيْرُهُ لِأَنَّ ما لَا يَتَجَزَّأُ لَا يُتَصَوَّرُ فيه الشَّرِكَةُ كَحَقِّ الْقِصَاصِ وَالْأَمَانِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ فإنه يَتَجَزَّأُ فَيُتَصَوَّرُ فيه الشَّرِكَةُ وَبِخِلَافِ ما إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقُّ مُتَعَدِّدٌ فَحَقُّهَا خِلَافُ جِنْسِ حَقِّهِمْ لِأَنَّ حَقَّهَا في نَفْسِهَا وفي نَفْسِ الْعَقْدِ وَلَا حَقَّ لهم في نَفْسِهَا وَلَا في نَفْسِ الْعَقْدِ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ في دَفْعِ الشَّيْنِ عن أَنْفُسِهِمْ وإذا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْحَقِّ فَسُقُوطُ أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْآخَرِ

وَأَمَّا على الْوَجْهِ الثَّانِي فَمُسَلَّمٌ لَكِنَّ هذا الْحَقَّ ما ثَبَتَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وفي إبْقَائِهِ لُزُومُ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ فَسَقَطَ ضَرُورَةً وَكَذَلِكَ الْأَوْلِيَاءُ لو زَوَّجُوهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا يَلْزَمُ النِّكَاحُ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ من غَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا من غَيْرِ رِضَا الْبَاقِينَ يَجُوزُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ خِلَافًا لِمَالِكٍ بِنَاءً على أَنَّ وِلَايَةَ الْإِنْكَاحِ وِلَايَةٌ مُسْتَقِلَّةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ وِلَايَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في شَرَائِطِ الْجَوَازِ وَهَلْ يَلْزَمُ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَلْزَمُ وقال أبو يُوسُفَ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَلْزَمُ

وَجْهُ قَوْلِهِمْ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْكَفَاءَةَ حَقٌّ ثَبَتَ لِلْكُلِّ على الشَّرِكَةِ وَأَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إذَا أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ لَا يَسْقُطُ حَقُّ صَاحِبِهِ كَالدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا حَقٌّ وَاحِدٌ لَا يَتَجَزَّأُ ثَبَتَ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وَمِثْلُ هذا الْحَقِّ إذَا ثَبَتَ لِجَمَاعَةٍ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم على الْكَمَالِ كَأَنْ ليس معه غَيْرُهُ كَالْقِصَاصِ وَالْأَمَانِ وَلِأَنَّ إقْدَامَهُ على النِّكَاحِ مع كَمَالِ الرَّأْيِ بِرِضَاهَا مع الْتِزَامِ ضَرَرٍ ظَاهِرٍ بِالْقَبِيلَةِ وَبِنَفْسِهِ وهو ضَرَرُ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ بِلُحُوقِ الْعَارِ وَالشَّيْنِ دَلِيلُ كَوْنِهِ مَصْلَحَةً في الْبَاطِنِ وهو اشْتِمَالُهُ على دَفْعِ ضَرَرٍ أَعْظَمَ من ضَرَرِ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ وهو ضَرَرُ عَارِ الزِّنَا أو غَيْرِهِ لَوْلَاهُ لَمَا فَعَلَ

وَأَمَّا إنْكَاحُ الْأَبِ وَالْجَدِّ الصَّغِيرَ وَالصَّغِيرَةَ فَالْكَفَاءَةُ فيه لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلُزُومِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كما أنها لَيْسَتْ بِشَرْطِ الْجَوَازِ عِنْدَهُ فَيَجُوزُ ذلك وَيَلْزَمُ لِصُدُورِهِ مِمَّنْ له كَمَالُ نَظَرٍ لِكَمَالِ الشَّفَقَةِ بِخِلَافِ إنْكَاحِ الْأَخِ وَالْعَمِّ من غَيْرِ الْكُفْءِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ مَحْضٌ على ما بَيَّنَّا في شَرَائِطِ الْجَوَازِ وَأَمَّا إنْكَاحُهُمَا من الْكُفْءِ فَجَائِزٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ لَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَازِمٌ وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ

فَصْلٌ وَأَمَّا الثَّالِثُ في بَيَانِ ما تُعْتَبَرُ فيه الْكَفَاءَةُ فما تُعْتَبَرُ فيه الْكَفَاءَةُ أَشْيَاءُ منها النَّسَبُ وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُ النبي

صلى اللَّهُ عليه وسلم قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ حَيٌّ بِحَيٍّ وَقَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ وَالتَّعْيِيرَ يَقَعَانِ بِالْأَنْسَابِ فَتُلْحَقُ النَّقِيصَةُ بِدَنَاءَةِ النَّسَبِ فَتُعْتَبَرُ فيه الْكَفَاءَةُ فَقُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ على اخْتِلَافِ قَبَائِلِهِمْ حتى يَكُونَ الْقُرَشِيُّ الذي ليس بها شمي كَالتَّيْمِيِّ وَالْأُمَوِيِّ وَالْعَدَوِيِّ وَنَحْوِ ذلك كفأ لِلْهَاشِمِيِّ لِقَوْلِهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ وَقُرَيْشٌ تَشْتَمِلُ على بَنِي هَاشِمٍ وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ بِالنَّصِّ وَلَا تَكُونُ الْعَرَبُ كفأ لِقُرَيْشٍ لِفَضِيلَةِ قُرَيْشٍ على سَائِرِ الْعَرَبِ وَلِذَلِكَ اُخْتُصَّتْ الْإِمَامَةُ بِهِمْ قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الْأَئِمَّةُ من قُرَيْشٍ بِخِلَافِ الْقُرَشِيِّ أَنَّهُ يَصْلُحُ كفأ لِلْهَاشِمِيِّ وَإِنْ كان لِلْهَاشِمِيِّ من الْفَضِيلَةِ ما ليس لِلْقُرَشِيِّ لَكِنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ تِلْكَ الْفَضِيلَةِ في بَابِ النِّكَاحِ عَرَفْنَا ذلك بِفِعْلِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عنه (((عنهم))) فإنه روى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم زَوَّجَ ابْنَتَهُ من عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه وكان أَمَوِيًّا لَا هَاشِمِيًّا وَزَوَّجَ عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه ابْنَتَهُ من عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه

ولم يَكُنْ هَاشِمِيًّا بَلْ عَدَوِيًّا
فَدَلَّ أَنَّ الْكَفَاءَةَ في قُرَيْشٍ لَا تَخْتَصُّ بِبَطْنٍ دُونَ بَطْنٍ وَاسْتَثْنَى مُحَمَّدٌ رضي اللَّهُ عنه بَيْتَ الْخِلَافَةِ فلم يَجْعَلْ الْقُرَشِيَّ الذي ليس بِهَاشِمِيٍّ كفأ له وَلَا تَكُونُ الْمَوَالِي أَكْفَاءَ لِلْعَرَبِ لِفَضْلِ الْعَرَبِ على الْعَجَمِ وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ بِالنَّصِّ وَمَوَالِي الْعَرَبِ أَكْفَاءٌ لِمَوَالِي قُرَيْشٍ لِعُمُومِ قَوْلِهِ وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ رَجُلٌ بِرَجُلٍ
ثُمَّ مُفَاخَرَةُ الْعَجَمِ بِالْإِسْلَامِ لَا بِالنَّسَبِ وَمَنْ له أَبٌ وَاحِدٌ في الْإِسْلَامِ لَا يَكُونُ كفأ لِمَنْ له آبَاءٌ كَثِيرَةٌ في الْإِسْلَامِ لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْرِيفِ بِالْجَدِّ وَالزِّيَادَةُ على ذلك لَا نِهَايَةَ لها وَقِيلَ هذا إذَا كان في مَوْضِعٍ قد طَالَ عَهْدُ الْإِسْلَامِ وَامْتَدَّ فَأَمَّا إذَا كان في مَوْضِعٍ كان عَهْدُ الْإِسْلَامِ قَرِيبًا بِحَيْثُ لَا يُعَيَّرُ بِذَلِكَ وَلَا يُعَدُّ عَيْبًا يَكُونُ بَعْضُهُمْ كفأ لِبَعْضِهِمْ لِأَنَّ التَّعْيِيرَ إذَا لم يُجْبَرْ بِذَلِكَ ولم يُعَدّ عَيْبًا لم يَلْحَقْ الشَّيْنُ وَالنَّقِيصَةُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الضَّرَرُ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ لِأَنَّ النَّقْصَ وَالشَّيْنَ بِالرِّقِّ فَوْقَ النَّقْصِ وَالشَّيْنِ بِدَنَاءَةِ النَّسَبِ فَلَا يَكُونُ الْقِنُّ وَالْمُدَبَّرُ وَالْمُكَاتَبُ كفأ لِلْحُرَّةِ بِحَالٍ وَلَا يَكُونُ مولى الْعَتَاقَةِ كفأ لِحُرَّةِ الْأَصْلِ وَيَكُونُ كفأ لِمِثْلِهِ
لِأَنَّ التَّفَاخُرَ يَقَعُ بِالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ وَالتَّعْيِيرُ يَجْرِي في الْحُرِّيَّةِ الْعَارِضَةِ الْمُسْتَفَادَةِ بِالْإِعْتَاقِ وَكَذَا من له أَبٌ وَاحِدٌ في الْحُرِّيَّةِ لَا يَكُونُ كفأ لِمَنْ له أَبَوَانِ فَصَاعِدًا في الْحُرِّيَّةِ وَمَنْ له أَبَوَانِ في الْحُرِّيَّةِ لَا يَكُونُ كفأ لِمَنْ له أباء كَثِيرَةٌ في الْحُرِّيَّةِ كما في إسْلَامِ الْآبَاءِ لِأَنَّ أَصْلَ التَّعْرِيفِ بِالْأَبِ وَتَمَامُهُ بِالْجَدِّ وَلَيْسَ وَرَاءَ التَّمَامِ شَيْءٌ وَكَذَا مولى الْوَضِيعِ لَا يَكُونُ كفأ لِمَوْلَاةِ الشَّرِيفِ حتى لَا يَكُونَ مولى الْعَرَبِ كفأ لِمَوْلَاةِ بَنِي هَاشِمٍ حتى لو زَوَّجَتْ مَوْلَاةُ بَنِي هَاشِمٍ نَفْسَهَا من مولى الْعَرَبِ كان لِمُعْتِقِهَا حَقُّ الِاعْتِرَاضِ لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ
فَصْلٌ وَمِنْهَا الْمَالُ فَلَا يَكُونُ الْفَقِيرُ كفأ لِلْغَنِيَّةِ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ من التَّفَاخُرِ بِغَيْرِهِ عَادَةً وَخُصُوصًا في زَمَانِنَا هذا وَلِأَنَّ لِلنِّكَاحِ تَعَلُّقًا بِالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ تَعَلُّقًا لَازِمًا فإنه لَا يَجُوزُ بِدُونِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةُ لَازِمَةٌ وَلَا تَعَلُّقَ له بِالنَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ فلما اُعْتُبِرَتْ الْكَفَاءَةُ ثَمَّةَ فَلَأَنْ تُعْتَبَرَ هَهُنَا أَوْلَى وَالْمُعْتَبَرُ فيه الْقُدْرَةُ على مَهْرِ مِثْلِهَا وَالنَّفَقَةِ وَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ على ذلك حتى أَنَّ الزَّوْجَ إذَا كان قَادِرًا على مَهْرِ مِثْلِهَا وَنَفَقَتِهَا يَكُونُ كفأ لها وَإِنْ كان لَا يُسَاوِيهَا في الْمَالِ هَكَذَا رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ في ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ
وَذُكِرَ في غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ أَنَّ تَسَاوِيهمَا في الغنا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْكَفَاءَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ يَقَعُ في الغنا عَادَةً وَالصَّحِيحُ هو الْأَوَّلُ لِأَنَّ الغنا لَا ثَبَاتَ له لِأَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ فَلَا تُعْتَبَرُ الْمُسَاوَاةُ في الغنا وَمَنْ لَا يَمْلِكُ مَهْرًا وَلَا نَفَقَةً لَا يَكُونُ كفأ لِأَنَّ الْمَهْرَ عِوَضُ ما يُمْلَكُ بهذا الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ من الْقُدْرَةِ عليه وَقِيَامُ الِازْدِوَاجِ بِالنَّفَقَةِ فَلَا بُدَّ من الْقُدْرَةِ عليها وَلِأَنَّ من لَا قُدْرَةَ له على الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ يُسْتَحْقَرُ وَيُسْتَهَانُ في الْعَادَةِ كَمَنْ له نَسَبٌ دَنِيءٌ فَتَخْتَلُّ بِهِ الْمَصَالِحُ كما تَخْتَلُّ عِنْدَ دَنَاءَةِ النَّسَبِ
وَقِيلَ الْمُرَادُ من الْمَهْرِ قَدْرُ الْمُعَجَّلِ عُرْفًا وَعَادَةً دُونَ ما في الذِّمَّةِ لِأَنَّ ما في الذِّمَّةِ يُسَامَحُ فيه بِالتَّأْخِيرِ إلَى وَقْتِ الْيَسَارِ فَلَا يَطْلُبُ بِهِ لِلْحَالِ عَادَةً وَالْمَالُ غَادٍ وَرَائِحٌ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا مَلَكَ النَّفَقَةَ يَكُونُ كفأ وَإِنْ لم يَمْلِكْ الْمَهْرَ
هَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ بن أبي

مَالِكٍ عنه فإنه روي عنه أَنَّهُ قال سَأَلْتُ أَبَا يُوسُفَ عن الْكُفْءِ فقال الذي يَمْلِكُ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ فَقُلْت وَإِنْ كان يَمْلِكُ الْمَهْرَ دُونَ النَّفَقَةِ فقال لَا يَكُونُ كفأ فقلت فَإِنْ مَلَكَ النَّفَقَةَ دُونَ الْمَهْرِ فقال يَكُونُ كفأ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَرْءَ يُعَدُّ قَادِرًا على الْمَهْرِ بِقُدْرَةِ أبيه عَادَةً وَلِهَذَا لم يَجُزْ دَفْعُ الزَّكَاةِ إلَى وَلَدِ الْغَنِيِّ إذَا كان صَغِيرًا وَإِنْ كان فَقِيرًا في نَفْسِهِ لِأَنَّهُ يُعَدُّ غَنِيًّا بِمَالِ أبيه وَلَا يُعَدُّ قَادِرًا على النَّفَقَةِ بغنا (((بغنى))) أبيه لِأَنَّ الْأَبَ يَتَحَمَّلُ الْمَهْرَ الذي على ابْنِهِ وَلَا يَتَحَمَّلُ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ عَادَةً

وقال بَعْضُهُمْ إذَا كان الرَّجُلُ ذَا جَاهٍ كَالسُّلْطَانِ وَالْعَالِمِ فإنه يَكُونُ كفأ وَإِنْ كان لَا يَمْلِكُ من الْمَالِ إلَّا قَدْرَ النَّفَقَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَهْرَ تَجْرِي فيه الْمُسَامَحَةُ بِالتَّأْخِيرِ إلَى وَقْتِ الْيَسَارِ وَالْمَالُ يَغْدُو وَيَرُوحُ وَحَاجَةُ الْمَعِيشَةِ تَنْدَفِعُ بِالنَّفَقَةِ

فَصْلٌ وَمِنْهَا الدِّينُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ حتى لو أَنَّ امْرَأَةً من بَنَاتِ الصَّالِحِينَ إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من فَاسِقٍ كان لِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاض عِنْدَهُمَا لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالدِّينِ أَحَقُّ من التَّفَاخُرِ بِالنَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْمَالِ وَالتَّعْيِيرُ بِالْفِسْقِ أَشَدُّ وُجُوهِ التَّعْيِيرِ

وقال مُحَمَّدٌ لَا تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ في الدِّينِ لِأَنَّ هذا من أُمُورِ الْآخِرَةِ وَالْكَفَاءَةُ من أَحْكَامِ الدُّنْيَا فَلَا يَقْدَحُ فيها الْفِسْقُ إلَّا إذَا كان شيئا فَاحِشًا بِأَنْ كان الْفَاسِقُ مِمَّنْ يُسْخَرُ منه وَيُضْحَكُ عليه وَيُصْفَعُ فَإِنْ كان مِمَّنْ يُهَابُ منه بِأَنْ كان أَمِيرًا قَتَّالًا يَكُونُ كفأ لِأَنَّ هذا الْفِسْقَ لَا يُعَدُّ شينا في الْعَادَةِ فَلَا يَقْدَحُ في الْكَفَاءَةِ وَعَنْ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْفَاسِقَ إذَا كان مُعْلِنًا لَا يَكُونُ كفأ وَإِنْ كان مُسْتَتِرًا يَكُونُ كفأ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْحِرْفَةُ فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الْكَفَاءَةَ في الْحِرَفِ وَالصِّنَاعَاتِ مُعْتَبَرَةٌ عِنْدَ أبي يُوسُفَ فَلَا يَكُونُ الْحَائِكُ كُفْئًا لِلْجَوْهَرِيِّ وَالصَّيْرَفِيِّ وَذُكِرَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ بَنَى الْأَمْرَ فيها على عَادَةِ الْعَرَبِ أَنَّ مَوَالِيهمْ يَعْمَلُونَ هذه الْأَعْمَالَ لَا يَقْصِدُونَ بها الْحِرَفَ فَلَا يُعَيَّرُونَ بها وَأَجَابَ أبو يُوسُفَ على عَادَةِ أَهْلِ الْبِلَادِ أَنَّهُمْ يَتَّخِذُونَ ذلك حِرْفَةً فَيُعَيَّرُونَ بالدنىء (((بالدنيء))) من الصَّنَائِعِ فَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ خِلَافٌ في الْحَقِيقَةِ

وَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ اعْتِبَارَ الْكَفَاءَةِ في الْحِرْفَةِ ولم يذكر الْخِلَافَ فَتَثْبُتُ الْكَفَاءَةُ بين الْحِرْفَتَيْنِ في جِنْسٍ وَاحِدٍ كَالْبَزَّازِ مع الْبَزَّازِ وَالْحَائِكِ مع الْحَائِكِ وَتَثْبُتُ عِنْدَ اخْتِلَافِ جِنْسِ الْحِرَفِ إذَا كان يُقَارِبُ بَعْضُهَا بَعْضًا كَالْبَزَّازِ مع الصَّائِغِ وَالصَّائِغِ مع الْعَطَّارِ وَالْحَائِكِ مع الْحَجَّامِ وَالْحَجَّامِ مع الدَّبَّاغِ وَلَا تَثْبُتُ فِيمَا لَا مُقَارَبَةَ بَيْنَهُمَا كَالْعَطَّارِ مع الْبَيْطَارِ والبزار (((والبزاز))) مع الْخَرَّازِ

وَذُكِرَ في بَعْضِ نُسَخِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْكَفَاءَةَ في الْحِرَفِ مُعْتَبَرَةٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ إلَّا أَنْ تَكُونَ فَاحِشَةً كَالْحِيَاكَةِ وَالْحِجَامَةِ وَالدِّبَاغَةِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِأَمْرٍ لَازِمٍ وَاجِبِ الْوُجُودِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقْدِرُ على تَرْكِهَا وَهَذَا يُشْكِلُ بِالْحِيَاكَةِ وَأَخَوَاتِهَا فإنه قَادِرٌ على تَرْكِهَا وَمَعَ هذا يَقْدَحُ في الْكَفَاءَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ وَأَهْلُ الْكُفْرِ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْكَفَاءَةِ لِدَفْعِ النَّقِيصَةِ وَلَا نَقِيصَةَ أَعْظَمُ من الْكُفْرِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من تُعْتَبَرُ له الْكَفَاءَةُ فَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ لِلنِّسَاءِ لَا لِلرِّجَالِ على

مَعْنَى أَنَّهُ تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ في جَانِبِ الرِّجَالِ لِلنِّسَاءِ وَلَا تُعْتَبَرُ في جَانِبِ النِّسَاءِ لِلرِّجَالِ لِأَنَّ النُّصُوصَ وَرَدَتْ بِالِاعْتِبَارِ في جَانِبِ الرِّجَالِ خَاصَّةً
وَكَذَا الْمَعْنَى الذي شُرِعَتْ له الْكَفَاءَةُ يُوجِبُ اخْتِصَاصَ اعْتِبَارِهَا بِجَانِبِهِمْ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ التي تَسْتَنْكِفُ لَا الرَّجُلُ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَفْرَشَةُ فَأَمَّا الزَّوْجُ فَهُوَ الْمُسْتَفْرِشُ فَلَا تَلْحَقُهُ الْأَنَفَةُ من قِبَلِهَا وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال إنَّ الْكَفَاءَةَ في جَانِبِ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ أَيْضًا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِدْلَالًا بِمَسْأَلَةٍ ذَكَرَهَا في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ في بَابِ الْوَكَالَةِ وَهِيَ أَنَّ أَمِيرًا أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً فَزَوَّجَهُ أَمَةً لِغَيْرِهِ قال جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَلَا دَلَالَةَ في هذه الْمَسْأَلَةِ على ما زَعَمُوا لِأَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ عِنْدَهُمَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِمَعْنًى آخَرَ وهو أَنَّ من أَصْلِهِمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ الْمُطْلَقَ يَتَقَيَّدُ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَيَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ كما في الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ
وَمِنْ أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يجري على إطْلَاقِهِ في غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرُورَةِ وَالتُّهْمَةِ

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَدَمُ الْجَوَازِ عِنْدَهُمَا لِاعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ خَاصَّةً حَمْلًا لِلْمُطْلَقِ على الْمُتَعَارَفِ كما هو أَصْلُهُمَا إذْ الْمُتَعَارَفُ هو التَّزْوِيجُ بِالْكُفْءِ فَاسْتَحْسَنَّا اعْتِبَارَ الْكَفَاءَةِ في جَانِبِهِنَّ في مِثْلِ تِلْكَ الصُّورَةِ لِمَكَانِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وقد نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ على الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ في وَكَالَةِ الْأَصْلِ فلم تَكُنْ هذه الْمَسْأَلَةُ دَلِيلًا

على اعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ في جَانِبِهِنَّ أَصْلًا عِنْدَهُمَا وَلَا تَكُونُ دَلِيلًا على ذلك على الْإِطْلَاقِ بَلْ في تِلْكَ الصُّورَةِ خَاصَّةً اسْتِحْسَانًا لِلْعُرْفِ وَلَوْ أَظْهَرَ رَجُلٌ نَسَبَهُ لِامْرَأَةٍ فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا منه ثُمَّ ظَهَرَ نَسَبُهُ على خِلَافِ ما أَظْهَرَهُ فَالْأَمْرُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَكْتُومُ مِثْلَ الْمُظْهَرِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَعْلَى منه وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَدْوَنَ فَإِنْ كان مثله بِأَنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ تَيْمِيٌّ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ عَدَوِيٌّ فَلَا خِيَارَ لها لِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ يَكُونُ رِضًا بمثله وَإِنْ كان أَعْلَى منه بِأَنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ عَرَبِيٌّ فَظَهَرَ أَنَّهُ قُرَشِيٌّ فَلَا خِيَارَ لها أَيْضًا لِأَنَّ الرِّضَا بِالْأَدْنَى يَكُونُ رِضًا بِالْأَعْلَى من طَرِيقِ الْأَوْلَى
وَعَنْ الْحَسَنِ بن زِيَادٍ أَنَّ لها الْخِيَارَ لِأَنَّ الْأَعْلَى لَا يَحْتَمِلُ منها ما يَحْتَمِلُ الْأَدْنَى فَلَا يَكُونُ الرِّضَا منها بِالْمُظْهَرِ رِضًا بِالْأَعْلَى منه وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أنها تَرْضَى بِالْكُفْءِ وَإِنْ كان الْكُفْءُ لَا يَحْتَمِلُ منها ما يَحْتَمِلُ غَيْرُ الْكُفْءِ لِأَنَّ غير الْكُفْءِ ضَرَرُهُ أَكْثَرُ من نَفْعِهِ فَكَانَ الرِّضَا بِالْمُظْهَرِ رِضًا بِالْأَعْلَى منه من طَرِيقِ الْأَوْلَى وَإِنْ كان أَدْوَنَ منه بِأَنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ قُرَشِيٌّ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ عَرَبِيٌّ فَلَهَا الخيار (((الخيار)))
وَإِنْ كان كُفْئًا لها بِأَنْ كانت الْمَرْأَةُ عَرَبِيَّةً لِأَنَّهَا إنَّمَا رَضِيَتْ بِشَرْطِ الزِّيَادَةِ وَهِيَ زِيَادَةٌ مَرْغُوبٌ فيها ولم تَحْصُلْ فَلَا تَكُونُ رَاضِيَةً بِدُونِهَا فَكَانَ لها الْخِيَارُ وَرُوِيَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لها لِأَنَّ الْخِيَارَ لِدَفْعِ النَّقْصِ وَلَا نَقِيصَةَ لِأَنَّهُ كُفْءٌ لها
هذا إذَا فَعَلَ الرَّجُلُ ذلك فَأَمَّا إذَا فَعَلَتْ الْمَرْأَةُ بِأَنْ أَظْهَرَتْ امْرَأَةٌ نَسَبَهَا لِرَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا ثُمَّ ظَهَرَ بِخِلَافِ ما أَظْهَرَتْ فَلَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ سَوَاءٌ تَبَيَّنَ أنها حُرَّةٌ أو أَمَةٌ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ في جَانِبِ النِّسَاءِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ وَيَتَّصِلُ بهذا ما إذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ

امْرَأَةً علي أنها حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ منه ثُمَّ أَقَامَ رَجُلٌ الْبَيِّنَةَ على أنها أَمَتُهُ فإن الْمَوْلَى بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَجَازَ النِّكَاحَ وَإِنْ شَاءَ أَبْطَلَهُ لِأَنَّ النِّكَاحَ حَصَلَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَوْلَى فَوُقِفَ على إجَازَتِهِ وَيَغْرَمُ الْعُقْرَ لِأَنَّهُ وطىء جَارِيَةً غير مَمْلُوكَةٍ له حَقِيقَةً فَلَا يَخْلُو عن عُقُوبَةٍ أو غَرَامَةٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ الْعُقُوبَةِ لِلشُّبْهَةِ فَتَجِبُ الْغَرَامَةُ

وَأَمَّا الْوَلَدُ فَإِنْ كان الْمَغْرُورُ حُرًّا فَالْوَلَدُ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك فإنه روى عن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا لأن الِاسْتِيلَادَ حَصَلَ بِنَاءً على ظَاهِرِ النِّكَاحِ إذْ لَا عِلْمَ لِلْمُسْتَوْلِدِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ فَكَانَ الْمُسْتَوْلِدُ مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ وَالْمُسْتَحَقُّ مستحق (((مستحقا))) لِلنَّظَرِ أَيْضًا لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَوْنُ الْجَارِيَةِ مِلْكًا له فَتَجِبُ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ فَرَاعَيْنَا حَقَّ الْمُسْتَوْلِدِ في صُورَةِ الْأَوْلَادِ وَحَقَّ الْمُسْتَحِقِّ في مَعْنَى الْأَوْلَادِ رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْخُصُومَةِ لِأَنَّهُ وَقْتُ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو مَنْعُ الْوَلَدِ عن الْمُسْتَحِقِّ له لِأَنَّهُ عَلِقَ عَبْدًا في حَقِّهِ وَمُنِعَ عنه يوم الْخُصُومَةِ

وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ قبل الْخُصُومَةِ لَا يَغْرَمُ قِيمَتَهُ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِالْمَنْعِ ولم يُوجَدْ الْمَنْعُ من الْمَغْرُورِ وَلِأَنَّهُ لَا صُنْعَ له في مَوْتِهِ وَإِنْ كان الِابْنُ تَرَكَ مَالًا فَهُوَ مِيرَاثٌ لِأَبِيهِ لِأَنَّهُ ابْنُهُ وقد مَاتَ حُرًّا فَيَرِثُهُ وَلَا يَغْرَمُ لِلْمُسْتَحِقِّ شيئا لِأَنَّ الْمِيرَاثَ ليس بِبَدَلٍ عن الْمَيِّتِ

وَإِنْ كان الِابْنُ قَتَلَهُ رَجُلٌ وَأَخَذَ الْأَبُ الدِّيَةَ فإنه يَغْرَمُ قِيمَتَهُ لِلْمُسْتَحِقِّ لِأَنَّ الدِّيَةَ بَدَلٌ عن الْمَقْتُولِ فَتَقُومُ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ حَيٌّ

وَإِنْ كان رَجُلٌ ضَرَبَ بَطْنَ الْجَارِيَةِ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا يَغْرَمُ الضَّارِبُ الْغُرَّةَ خَمْسمِائَةٍ ثُمَّ يَغْرَمُ الْمُسْتَوْلِدُ لِلْمُسْتَحِقِّ فَإِنْ كان الْوَلَدُ ذَكَرًا فَنِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ وَإِنْ كان أُنْثَى فَعُشْرُ قِيمَتِهَا وَإِنْ كان الْمَغْرُورُ عَبْدًا فَالْأَوْلَادُ يَكُونُونَ أَرِقَّاءَ لِلْمُسْتَحِقِّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَكُونُونَ أَحْرَارًا وَيَكُونُونَ أَوْلَادَ الْمَغْرُورِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هذا وَلَدُ الْمَغْرُورِ حَقِيقَةً لِانْخِلَاقِهِ من مَائِهِ وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وَلَهُمَا أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِلْكَ الْمُسْتَحِقِّ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَبَيَّنَ أنها مِلْكُهُ فَيُتَبَيَّنُ أَنَّ الْوَلَدَ حَدَثَ على مِلْكِهِ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ إلَّا أَنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَهُمْ إنَّمَا قَضَوْا بِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ في الْمَغْرُورِ الْحُرِّ فَبَقِيَ الْأَمْرُ في غَيْرِهِ مَرْدُودًا إلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ ثُمَّ الْمَغْرُورُ هل يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ على الْغَارِّ وَالْغَارُّ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ أَجْنَبِيًّا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مولى الْجَارِيَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ هِيَ الْجَارِيَةُ فَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا فَإِنْ كان حُرًّا فَغَرَّهُ بِأَنْ قال تَزَوَّجْ بها فَإِنَّهَا حُرَّةٌ أو لم يَأْمُرْهُ بِالتَّزْوِيجِ لَكِنَّهُ زَوَّجَهَا علي أنها حُرَّةٌ أو قال هِيَ حُرَّةٌ وَزَوَّجَهَا منه فإنه يَرْجِعُ الي الْغَارِّ بِقِيمَةِ الْأَوْلَادِ لِأَنَّهُ صَارَ ضَامِنًا له ما يَلْحَقُهُ من الْغَرَامَةِ في ذلك النِّكَاحِ فَيَرْجِعُ عليه بِحُكْمِ الضَّمَانِ وَلَا يَرْجِعُ عليه بِالْعُقْرِ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَلَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ

وَلَوْ قال هِيَ حُرَّةٌ ولم يَأْمُرْهُ بِالتَّزْوِيجِ ولم يُزَوِّجْهَا منه لَا يُرْجَعُ على الْمُخْبِرِ بِشَيْءٍ لِأَنَّ

مَعْنَى الضَّمَانِ وَالِالْتِزَامِ لَا يَتَحَقَّقُ بهذا الْقَدْرِ وَإِنْ كان الْغَارُّ عبدا لِرجل (((الرجل))) فَإِنْ كان مَوْلَاهُ لم يَأْمُرْهُ بِذَلِكَ يَرْجِعُ عليه بَعْدَ الْعَتَاقِ وَإِنْ كان أَمَرَهُ بِذَلِكَ رَجَعَ عليه لِلْحَالِ إلَّا إذَا كان مُكَاتَبًا أو مُكَاتَبَةً فإنه يَرْجِعُ عليه بَعْدَ الْعَتَاقِ لِأَنَّ أَمْرَ الْمَوْلَى بِذَلِكَ لَا يَصِحُّ وَإِنْ كان الْمَوْلَى هو الذي غَرَّهُ فَلَا يَضْمَنُ الْمَغْرُورُ من قِيمَةِ الْأَوْلَادِ شيئا لِأَنَّهُ لو ضَمِنَ لِلْمَوْلَى لَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ على الْمَوْلَى بِمَا ضَمِنَ فَلَا يُفِيدُ وُجُوبَ الضَّمَانِ

وَإِنْ كانت الْأَمَةُ هِيَ التي غَرَّتْهُ فَإِنْ كان الْمَوْلَى لم يَأْمُرْهَا بِذَلِكَ فإن الْمَغْرُورَ يَرْجِعُ على الْأَمَةِ بَعْدَ الْعَتَاقِ لَا لِلْحَالِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لم يَظْهَرْ في حَقِّ الْمَوْلَى وَإِنْ كان أَمَرَهَا بِذَلِكَ يَرْجِعُ الْأَمَةِ لِلْحَالِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ وُجُوبُهُ في حَقِّ الْمَوْلَى

هذا إذَا غَرَّهُ أَحَدٌ أَمَّا إذَا لم يَغُرَّهُ أَحَدٌ وَلَكِنَّهُ ظَنَّ أنها حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَهَا فإذا هِيَ أَمَةٌ فإنه لَا يَرْجِعُ بِالْعُقْرِ على أَحَدٍ لِمَا قُلْنَا وَالْأَوْلَادُ أَرِقَّاءُ لِمَوْلَى الْأَمَةِ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِلْكُهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا كَمَالُ مَهْرِ الْمِثْلِ في إنْكَاحِ الْحُرَّةِ الْعَاقِلَةِ الْبَالِغَةِ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ حتى لو زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من كُفْءٍ بِأَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا مِقْدَارُ ما لَا يُتَغَابَنُ فيه الناس بِغَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ فَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ عِنْدَهُ فأما أَنْ يَبْلُغَ الزَّوْجُ إلَى مَهْرِ مِثْلِهَا أو يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَلْزَمُ النِّكَاحُ بِدُونِهِ حتى يَثْبُتَ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ وَهَاتَانِ الْمَسْأَلَتَانِ أَعْنِي هذه الْمَسْأَلَةَ وَالْمَسْأَلَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ عليها وَهِيَ ما إذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ وَبِغَيْرِ رِضَا الْأَوْلِيَاءِ لَا شَكَّ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّعَانِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ وَرِوَايَةِ الرُّجُوعِ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ النِّكَاحَ جَائِزٌ

وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عنه وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ فَلَا يَجُوزُ هذا النِّكَاحُ فَيُشْكِلُ التَّفْرِيعُ فَتُصَوَّرُ الْمَسْأَلَةُ فِيمَا إذَا أَذِنَ الْوَلِيُّ لها بِالتَّزْوِيجِ فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ أو من كُفْءٍ بِأَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا وَذُكِرَ في الْأَصْلِ صُورَةٌ أُخْرَى وَهِيَ ما إذَا أَكْرَهَ الْوَلِيُّ وَالْمَرْأَةُ على النِّكَاحِ من غَيْرِ كُفْءٍ أو من كُفْءٍ بِأَقَلَّ من مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ زَالَ الْإِكْرَاهُ فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعْنِي الْوَلِيَّ وَالْمَرْأَةَ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ وَإِنْ رضي أَحَدُهُمَا لَا يَبْطُلُ حَقُّ الْآخَرِ

وفي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لها حَقُّ الِاعْتِرَاضِ فَإِنْ رَضِيَتْ بِالنِّكَاحِ وَالْمَهْرِ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَفْسَخَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ ليس له أَنْ يَفْسَخَ وَتَصَوُّرُ الْمَسْأَلَةِ على أَصْلِ الشَّافِعِيِّ فِيمَا إذَا أَمَرَ الْوَلِيُّ رَجُلًا بِالتَّزْوِيجِ فَزَوَّجَهَا من غَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أو من كُفْءٍ بِمَهْرٍ قَاصِرٍ بِرِضَاهَا وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَهْرَ حَقُّهَا على الْخُلُوصِ كَالثَّمَنِ في الْبَيْعِ وَالْأُجْرَةِ في الْإِجَارَةِ فَكَانَتْ هِيَ بِالنَّقْصِ مُتَصَرِّفَةً في خَالِصِ حَقِّهَا فَيَصِحُّ وَيَلْزَمُ كما إذَا أَبْرَأَتْ زَوْجَهَا عن الْمَهْرِ وَلِهَذَا جَازَ الْإِبْرَاءُ عن الثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقًّا في الْمَهْرِ لِأَنَّهُمْ يَفْتَخِرُونَ بِغَلَاءِ الْمَهْرِ وَيَتَعَيَّرُونَ بِبَخْسِهِ فَيَلْحَقُهُمْ الضَّرَرُ بِالْبَخْسِ وهو ضَرَرُ التَّعْيِيرِ فَكَانَ لهم دَفْعُ الضَّرَرِ عن أَنْفُسِهِمْ بِالِاعْتِرَاضِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ لهم حَقُّ الِاعْتِرَاضِ بِسَبَبِ عَدَمِ الْكَفَاءَةِ كَذَا هذا وَلِأَنَّهَا بِالْبَخْسِ عن مَهْرِ مِثْلِهَا أَضَرَّتْ بِنِسَاءِ قَبِيلَتِهَا لِأَنَّ مُهُورَ مِثْلِهَا عِنْدَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ تُعْتَبَرُ بها فَكَانَتْ بِالنَّقْصِ مُلْحِقَةً الضَّرَرَ بِالْقَبِيلَةِ فَكَانَ لهم دَفْعُ هذا الضَّرَرِ عن أَنْفُسِهِمْ بِالْفَسْخِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَمِنْهَا خُلُوُّ الزَّوْجِ عن عَيْبِ الْجَبِّ وَالْعُنَّةِ عِنْدَ عَدَمِ الرِّضَا من الزَّوْجَةِ بِهِمَا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال بَعْضُهُمْ عَيْبُ الْعُنَّةِ لَا يَمْنَعُ لُزُومَ النِّكَاحِ
وَاحْتَجُّوا بِمَا روى أَنَّ امْرَأَةَ رِفَاعَةَ أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ وَقَالَتْ يا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي كنت تَحْتَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي آخِرَ التَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ وَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرحمن بن الزُّبَيْرِ فَوَاَللَّهِ ما وَجَدْتُ معه إلَّا مِثْلَ الْهُدْبَةِ فَتَبَسَّمَ رسول اللَّهِ وقال لَعَلَّك تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إلَى رِفَاعَةَ لَا حتى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ
فَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ أَنَّ تِلْكَ الْمَرْأَةَ ادَّعَتْ الْعُنَّةَ على زَوْجِهَا وَرَسُولُ اللَّهِ لم يُثْبِتْ لها الْخِيَارَ وَلَوْ لم يَقَعْ النِّكَاحُ لَازِمًا لاثبت وَلِأَنَّ هذا الْعَيْبَ لَا يُوجِبُ فَوَاتَ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ بِيَقِينٍ فَلَا يُوجِبُ الْخِيَارَ كَسَائِرِ أَنْوَاعِ الْعُيُوبِ بِخِلَافِ الْجَبِّ فإنه يُفَوِّتُ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ بِيَقِينٍ
وَلَنَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فإنه روى عن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَضَى في الْعِنِّينِ أَنَّهُ يُؤَجَّلُ سَنَةً فَإِنْ قَدَرَ عليها وَإِلَّا أَخَذَتْ منه الصَّدَاقَ كَامِلًا وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ وروى عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه مِثْلُهُ
وروى عن عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أن قال يُؤَجَّلُ سَنَةً فَإِنْ وَصَلَ إلَيْهَا وَإِلَّا فُرِّقَ
